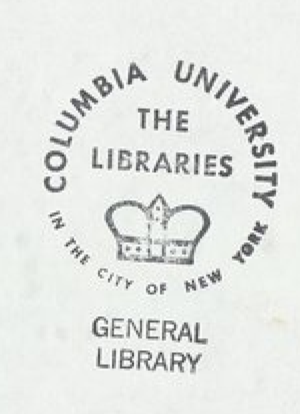




الجزء الثامن عشر من كتاب

فقه الصادق

في شرح التبصرة للإمام المحقق آية الله العلامة الحلي قده

تأليف:

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني

مدّ ظله العالي

المطبعة العلمية بقم

الجزء الثامن عشر من كتاب

فقه الصادق

في شرح التبصرة للإمام المحقق آية الله العلامة الحلي قده

تأليف:

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني

مد ظله العالي

مطبعة دار التبليغ الاسلامي ـ قم

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة على أشرف بريته محمد وآله الطيبين الطاهرين وبعد فهذا هو الجزء الثامن عشر من كتابنا **«فقه الصادق»** وفقنا الله تبارك وتعالى لاصداره ، وهو ولي التوفيق .

﴿ **المقصد السابع فى المهر :** ﴾ ويسمى ـ الصداق، بفتح الصاد وكسرها ـ ، ـ والنحلة ، والاجر ، والفريضة ، والعقر ـ والصدقة بفتح الصاد مع ضم الدال ، وسكونها وفتحها ـ والحباء ، والعليقة ، والطول ـ وان نوقش فى بعض الاسماء المزبورة ولكن لعدم الطائل تحت البحث عن ذلك فالصفح عنه أولى ، [وهو] كما فى المتن وعن غيره [**عوض البضع**] ، وعن المسالك انه فى الشرع اسم لماوجب فى مقابلة البضع بنكاح أو وطء أو موت أو تفويت البضع قهراً ، وقد تقدم ما فى جعله عوض البضع من الاشكال ولكن الامر فى ذلك ايضاً سهل ، [و] كيف كان فالكلام فيه فى طي مباحث .

المرئة تملك تمام المهر بالعقد

الاول : المشهور بين الاصحاب ان المهر **تملكه المرئة بالعقد** بل عن الحلى نفي الخلاف فيه واستدل له بالاية الكريمة **«وآتوا النساء صدقاتهن»** (١) لانه أضاف الصدقات اليهن ، الكاشف ذلك عن الاختصاص ، وللامر بالدفع اليهن ، وبأنه مقتضى القاعدة ، فان المملك للمهر هو العقد ، كان ذلك بازاء استحقاق الانتفاع بالبضع أم لم يكن ، اما على الثاني فواضح ، واما على الاول فلانه يملك الزوج البضع بالعقد فتملك المرئة عوضها به .

وبالنصوص ـ الدالة على ان النماء المتخلل بين العقد والطلاق لها ـ كموثق(٢) عبيد بن زرارة، قلت لابي عبد الله(ع) رجل تزوج امرئة على مائة شاة ثم ساق اليها الغنم ، ثم طلقها قبل أن يدخل بها وقد ولدت الغنم ؟ قال (ع) : ان كانت الغنم حملت عنده رجع بنصفها ونصف أولادها ، وان لم يكن الحمل عنده رجع بنصفها ولم يرجع من الاولاد بشيء ونحوه غيره ـ اذ لو لم يكن المهر بتمامه ملكاً لها لما كان وجه ، لكون النماء بتمامه لها ـ وبالنصوص(٣) الدالة على وجوب المهر أجمع بالموت ، فان اطلاقها يشمل ما لو لم يدخل بها ـ وبالاخبار(٤) الآتية الدالة على وجوب نصف المهر عليها لو ابرأته من الصداق ثم طلقها قبل الدخول، معللة بأنها اذا جعلته فى حل منه فقد قبضته ، اذ لو لم تكن مالكة لتمام الصداق ـ لم يكن ابرائها قبضاً لتمام الصداق ، بل كان قبضاً للنصف ، ويترتب عليه عدم وجوب النصف عليها ، و بما دل من الاخبار على ان الصداق لو زاد عندها زيادة متصلة عليها نصف قيمته يوم دفعه اليها ـ كصحيح(٥) علي بن جعفر عن أخيه (ع) عن ابيه

---

(١) سورة النساء آية ٥ .

(٢) الوسائل ، باب ٣٤ من أبواب المهور ، حديث ١ـ٢ .

(٣) الوسائل . باب ٥٨ من أبواب المهور .

(٤) الوسائل ، باب ٤١ من ابواب المهور .

(٥) الوسائل ، باب ٣٤ من ابواب المهور ، حديث ١ـ٢ .

عن علي (ع) في الرجل يتزوج امرأة على وصيف فيكبر عندها ويريد ان يطلقها قبل ان يدخل بها ، قال (ع) : عليها نصف قيمته يوم دفعه اليها الى غير تلكم من النصوص الواردة في الأبواب المختلفة المستفاد منها ذلك .

وبازاء ذلك كله طوائف من النصوص ـ منها ـ ما دل على ان المهر انما يجب بالدخول : كصحيح(١) عبد الله بن سنان عن الصادق (ع) اذا أدخله وجب الغسل والمهروالعدة . وصحيح الحلبي(٢) عنه(ع) اذا التقى الختانان وجب المهر والعدة . وخبر محمد(٣) بن مسلم عن أبي جعفر (ع) سئله متى يجب المهر ؟ قال (ع) : اذا دخل بها ، ونحوها غيرها .

ولكن هذه النصوص غير ظاهرة في عدم تملكها المهر ما لم يدخل بها ، فانها متضمنة للوجوب بالدخول ، ومفهومه عدم الوجوب والثبوت والاستقرار مالم يدخل بها ، فيكون الوجوب في هذه النصوص نظير الوجوب في قوله (ع) البيعان بالخيار ما لم يفترقا ، فاذا افترقا وجب البيع ـ نعم ـ خصوص خبر(٤) يونس عن الصادق (ع) لا يوجب المهر الا الوقاع في الفرج ظاهر في عدم التملك مالم يدخل بها ـ ولكن للاتفاق نصاً وفتوى على تملكها نصف الصداق بالعقد على كلا القولين وللادلة المتقدمة يحمل هذا الخبر ايضاً على ما تقدم ـ .

ومنها ما دل على اعطاء نصف نماء الصداق اياها ، لو طلقها قبل الدخول ، كصحيح(٥) أبي بصير عن أبي عبد الله (ع) قال : سئلته عن رجل تزوج امرأة على بستان له معروف ، وله غلة كثيرة ، ثم مكث سنين لم يدخل بها ، ثم طلقها ، قال عليه السلام : ينظر الى ما صار اليه من غلة البستان من يوم تزوجها فيعطيها نصفه ويعطيها نصف البستان الا أن تعفو فتقبل منه ويصطلحان على شيء ترضى به منه . فانه اقرب للتقوى ، (وأجيب) عنه تارة باحتمال ان يكون مورد السؤال الغلة

(١ـ٢ـ٣) الوسائل ، باب ٥٣ من ابواب المهور ، حديث ١ـ٣ـ٧ .
(٤) الوسائل ، باب ٥٤ من ابواب المهور ، حديث ٦ .
(٥) الوسائل ، باب ٣٠ من ابواب المهور ، حديث ١ .

الموجودة حين العقد ، المجعولة جزء للمهر ـ وأخرى ـ باحتمال كون الصداق هو البستان دون أشجاره ، ـ وثالثة ـ باحتمال أن تكون الغلة من زرع يزرعه الرجل ـ وعلى التقديرين الاخيرين ليست الغلة من نماء المهر ، فيكون مختصاً بالرجل ، فيكون الامر بدفع النصف اليها محمولا على الاستحباب .

ولكن يبعد الاول قوله (ع) ما صار اليه من غلة البستان من يوم تزوجها ، فان ظاهر ذلك السؤال عن حكم الغلة في تلكم السنين ، ـ ويبعد الثاني ـ قوله على بستان له معروف ، وله غلة كثيرة ، اذ أرض البستان لا يطلق عليها البستان ـ ، ـ والثالث وان كان احتماله قريباً الا أنه لا وجه لحمل الامر فيه على الاستحباب بل يحمل على كونه اجرة الارض وما شاكل ، وعلى التقديرين فلا ينافي ما تقدم ، (فما) عن الاسكافي من أنها تملك نصف الصداق بالعقد ونصفه بالدخول غير تام ، ـ كما ان ما في الحدائق من جعل المسألة مشكلة في غير محله ـ وأوهن مما تقدم الاستدلال لعدم تملك تمام المهر بالعقد ـ بأنها لو ملكته به لاستقر ولم يزل الا بناقل من بيع ونحوه ، فان الملازمة ممنوعة وكذا اللازم ، ويكفي في السبب طلاقها قبل الدخول ـ فلا اشكال في الحكم .

فى أنه يسقط نصف المهر بالطلاق قبل الدخول

لا خلاف بين الاصحاب ﴿و﴾ لا اشكال في أنه ﴿يسقط نصفه﴾ ، أي نصف المهر ، فان كان قد دفع المهر لها استعاد نصفه ، والا أعطاها النصف خاصة ـ كما هو المشهور بين الاصحاب بل عليه الاجماع .

ويشهد به من الكتاب قوله تعالى(١) : « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » ، ومن السنة نصوص متواترة كصحيح الحلبي(٢) عن أبي عبد الله(ع) في رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها ، قال(ع) : عليه نصف المهر ان كان فرض لها شيئاً .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٧ .

(٢) الوسائل ، باب ٥١ من أبواب المهور ، حديث ٢ .

وصحيح الكناني(١) عنه(ع) اذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها ونحوهما غيرهما فما لم يدخل بها لا يستقر المهر .

ثم ان المهر تارة يكون ديناً في الذمة ، وأخرى يكون عيناً في يد الزوج ، وثالثة يكون عيناً سلمها الى المرئة ، فان كان ديناً فلا اشكال في أنه بالطلاق قبل الدخول تبرأ ذمة الزوج من نصفه ، ويجب عليه دفع النصف الاخر اليها وان كان عيناً في يد الزوج وباقية الى حين الطلاق من دون زيادة ولا نقصان ، فيكون نصفها لها ونصفها له فيكونان شريكين فيها ، وان زادت بزيادة من الله تعالى فهي لها لما عرفت من أنها تملك المهر بتمامه بالعقد وان كانت الزيادة بفعله ، فان أذنت له بالاذن المعاملي كانت الزيادة لها وعليها أجرة مثل عمله وان لم تأذن له أو أذنت بأن يعمل به مجاناً ، فالزيادة لها بلا لزوم شيء عليها وان نقصت أو تلفت فان كانت في يده أمانة منها يلحقها حكمها ، والا فهو ضامن وان كان لها منافع ضمنها وان كان عيناً سلمها اليها ، فان كانت باقية استعاد نصفها والا فنصف مثلها أو نصف قيمتها .

ثم انه ان اتفقت قيمتها من حين العقد الى حين القبض فلا اشكال وان اختلفت فقد يقال انه يرجع بأقل القيم ، فانه ان كانت قيمتها يوم العقد اكثر من قيمتها يوم القبض فما نقص قبل القبض كان مضموناً عليه فلا يضمنها ، وان كانت قيمتها حين القبض اكثر فقد زادت القيمة وهي في ملكها فلا يضمنها .

[وفيه] أولا ان القيمة السوقية غير مضمونة بحال ، فالمتجه هو قيمة يوم التلف لتعلق حق الاستعادة في العين ما دامت موجودة ، فمع تلفها يتعلق بقيمتها في ذلك اليوم .

وثانياً انه يمكن استفادة كون العبرة بقيمة يوم الدفع اليها . من صحيح(٢) علي بن جعفر ، عن اخيه ، عن أبيه : ان علياً عليه السلام قال : في الرجل يتزوج المرأة على وصيف ، فيكبر عندها ، ويريد ان يطلقها قبل ان يدخل بها ،

(١) الوسائل ، باب ٤٨ من ابواب المهور ، حديث ٨ .
(٢) الوسائل ، باب ٣٤ من أبواب المهور حديث ٢ .

قال (ع) عليها نصف قيمته يوم دفعه اليها ولا ينظر في زيادة ولا نقصان (بتقريب) ان عدم النظر الى الكبر الذي هو سبب زيادة القيمة ونقصها يقتضي عدم النظر الى ترقي القيمة السوقية أو تنزلها قبل ذلك وبعده .

وان كانت العين باقية في يدها فان نقصت عينها أو صفتها مثل عور الدابة أو نسيان الصنعة ففيه اقوال :

١ ـ ما عن الشيخ في المبسوط وهو ان الزوج يتخير بين الرجوع بنصف القيمة سليماً وبين اخذ نصف العين من غير ارش .

٢ ـ ما عن القواعد والمسالك وهو الرجوع بنصف العين ونصف الارش .

٣ ـ ان النقصان ان كان بفعلها أو فعل الله سبحانه فكما افاده الشيخ ، وان كان بفعل الاجنبي لم يكن له سبيل على المهر وضمنها نصف القيمة يوم القبض .

والحق ان يقال ان مقتضى القواعد هو القول الثاني فان العين بقبضها تدخل في ضمانها ذاتاً ووصفاً ، وحيث ان التعيب بذلك لا يخرج العين عن حقيقتها، فلابد من ردنصف العين بمقتضى الاية الكريمة وحيث ان الوصف فى ضمانها فلابد من الارش ، ولكن يمكن استفادة ان الواجب هو نصف قيمةيوم الدفع اليها من صحيح علي بن جعفر المتقدم ، فان عدم النظر الى الكبر الذي هو سبب زيادة القيمة اونقصها، يقتضي عدم النظر الى كل صفة تجددت فى العين اقتضت زيادتها او نقصها ، وانها توجب الانتقال الى القيمة على الوجه المزبور فيكون المدارج فى ردنصف العين، على بقاء العين غير متغيرة بشيء يقتضى زيادة قيمتها او نقصانها والا فالقيمة وقت القبض كما افاده صاحب الجواهره ، وبه يظهر ان المراد من قوله تعالى «فنصف مافرضتم» نصف العين وصفاتها كما يظهر ان الواجب رد نصف القيمة لاقيمة النصف وان الواجب قيمة يوم الدفع لا الاقل.

وان كانت العين باقية فى يدها وزادت فان كانت الزيادة باعتبار القيمة السوقية كان له نصف العين قطعاً اذ لا نظر الى القيمة مع بقاء العين على حالها التي بها يتحقق نصف ما فرضتم ، وان كانت الزيادة منفصلة كالولد واللبن وثمرة الشجرة ، فهي للمرئة ـ امابناء على ما هو المشهور المنصور من ملكها المهر كملا بمجرد العقد فواضح

واما على القول الاخر فلموثق عبيد المتقدم وموثقه الاخر(١) قلت لابي عبدالله (ع) رجل تزوج امرأة ومهرها مهرافساق اليها غنما ورقيقا فولدت عندها فطلقها قبل ان يدخل بها قال (ع) ان كان ساق اليها ماساق وقد حملن عنده فلها نصفها ونصف ولدها وان كن حملن عندها فلاشيء له من الاولاد ،واما صحيح ابى بصير الذي توهم دلالته على كون النماء مشتركا بينهما فقد مر فى صدر المبحث الجواب عنه وعرفت انه اما ظاهر في غير ذلك او محمول عليه .

وان كانت الزيادة متصلة كالسمن وكبر الحيوان وقصارة الثوب وصبغه وتعلم الصنعة وماشاكل فالمشهور بين الاصحاب ان له نصف قيمة العين من دون الزيادة فلا تجبر المرئة على دفع العين مجانا ولا بعوض ، ويشهد به مضافا الى صحيح علي بن جعفر المتقدم . قوى السكوني (٢) عن امير المؤمنين (ع) في الرجل يتزوج المرئة على وصيف فيكبر عندها فيزيد او ينقص ويريد ان يطلقها قبل ان يدخل بها ، قال (ع) عليها نصف قيمته يوم دفعه اليها ولا ينظر في زيادة ولا نقصان ونحوهما غيرهما ـ لماعرفت من ان المستفاد منهما ان المدار في رد نصف العين على بقاء العين غير متغيرة بشيء يقتضي زيادة قيمتها او نقصانها والا فالقيمة وقت القبض ـ وعن الشيخ في المبسوط ان له الرجوع بنصف العين مع زيادتها لقوله تعالى فنصف مافرضتم ، وأورد عليه الشهيد الثاني (قده) بأن الزيادة ليست مما فرض فلاتدخل في مداول الاية ـ واجاب عنه سيد المدارك بان العين مع الزيادة التي لايتميز يصدق عليها عرفا انها المفروضة فتناوله الاية الشريفة، ولذا قال ما افاده الشيخ لايخلو من قوة ـ اقول بعد ماعرفت من دلالة الخبرين وغيرهما على الحكم بالانتقال الى القيمة لاوجه لما افاده الشيخ اصلا .

ثم ان المشهور بين الاصحاب انها تخير ح بين دفع نصف العين المشتمل على الزيادة وبين بذل نصف القيمة مجردة عنها ـ وعلله في محكى المسالك بان النفع عائد اليه واصل حقه في العين عملا بظاهر الاية وانما منع تعلق حقها بها الذي لايمكن

(١-٢) الوسائل ، باب ٣٤ من أبواب المهور ، حديث ١-٢ .

فصله فاذا سمحت ببذله زال المانع انتهى ، اقول ظاهر الخبرين تعين القيمة عليها ولكن الظاهر تسالمهم على جواز دفع العين ولعله بضميمة ما افاده الشهيد يكفي في الحكم بذلك .

حكم ما لو أبرأته من المهر ثم طلقها قبل الدخول

ثم ان تمام الكلام في هذا المقام بالبحث في مسائل - الاولى لو ابرأته من الصداق ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصفه اليها كما هو المشهور بين الاصحاب. وعن الشيخ في المبسوط والمصنف في القواعد وبعض آخر احتمال عدم رجوعه عليها بشيء - والاول اظهر ، لصحيح(١) شهاب بن عبدربه عن ابي عبدالله (ع) عن رجل تزوج أمرأة على الف درهم فبعث بها اليها فردتها عليه ووهبتها له وقالت انا فيك ارغب مني في هذه الالف هي لك فتقبلها منها ثم طلقها قبل ان يدخل بها قال (ع) لا شيء لها وترد عليه خمسمائة درهم ونحوه غيره - فان تلك النصوص في هبة المرئة المهر ولا اشكال ولا كلام في الحكم فيها - انما الكلام في صورة الابراء - بل لموثق(٢) سماعة قال سئلته عن رجل تزوج جارية او تمتع بها ثم جعلته من صداقها في حل ايجوز ان يدخل بها قبل ان يعطيها شيئا قال نعم اذا جعلته في حل فقد قبضته منه وان خلاها قبل ان يدخل بها ردت المرئة على الزوج نصف الصداق - ومعه لايصغى الى ما استدل به للقول الثاني بأنها لم تأخذ منه مالا ولا نقلت اليه الصداق لاستحالة ان يستحق الانسان شيئا في ذمة نفسه فلا يتحقق نقله اليه ولا اتلفته عليه لانه لم يصدر منها الا ازالة استحقاقها في ذمته وهو ليس اتلافا عليه فلا وجه لضمانها - فانه اجتهاد في مقابل النص - مع انه يمكن ان يقال ان الابراء بنفسه تصرف في المهر يقتضي فراغ الذمة منه وسقوطه وذلك كاف في ايجاب نصف بدله (وأما) الجواب عنه بانه لامانع من الالتزام بأن الزوج يملك ما في ذمة نفسه ويسقط لان الملكية من الامور الاعتبارية وهي خفيف المؤونة فلا مانع من اعتبار مالكية الانسان ما في ذمة نفسه (فغير صحيح) اذ الابراء ليس تمليكا - مع ان الملكية من الاعتباريات ومع عدم ترتب الاثر عليها يكون لغوا

(١-٢) الوسائل ، باب ٤١ من أبواب المهور ، حديث ١-٢ .

لايصدر من الحكيم ـ فان قيل ان اثرها فى المقام السقوط ـ قلنا ـ ان السقوط ان كان لاجل ماذكرناه من لغوية اعتبار الملكية فهو مانع عن الحدوث كالبقاء ـ وان كان لكونه اثر تلك الملكية فيرده ان ثبوت الشيء لايعقل ان يكون علة لسقوطه .

وهل الخلع به كك ـ نظرا الى انه كالابراء والهبة فيستحق عليها مقدار نصفه مضافا الى ماخلعها به الذي بذلته له كمافى الشرايع وغيرها ـ ام لايستحق عليها شيئاً من جهة انه فى الابراء والهبة تتلف المرئة المهر قبل الطلاق على وجه يصادف وقوع الطلاق سبق انتقاله عنها فيستحق عليهاح مقدار نصفه لتعذره ـ واما فى الخلع فلا يملك الزوج من حيث الخلع الا بتمام الطلاق والمفروض انه يوجب سقوط النصف وبقاء ملكية النصف الاخر لكونه قبل الدخول فيتعارض السببان فان الخلع يوجب ملكية التمام والطلاق يوجب سقوط النصف وجهان ـ اظهرهما الاول لانه فى الخلع لايعتبر كون ماخلع به ملكا لها بل لو ظهر كونه ملكا لغيرها تكون هي ضامنة له ـ وعليه فكان النصف الباقي ملكا لها او للزوج يكون الخلع صحيحا فيملك الرجل تمام المهر ان كان عينا ويسقط عن ذمته لو كان دينا ويقع الطلاق صحيحاً ولتعذر النصف تكون الزوجة ضامنة له .

لو وهبته نصف مهرها مشاعا ثم طلقها قبل الدخول

الثانية لو وهبته نصف مهرها مشاعا ثم طلقها قبل الدخول فالمشهور بين الاصحاب ان له تمام الباقي ولا يرجع عليها بشيء ، وعن القواعد والمسالك احتمال الرجوع بنصف الباقي بعينه وقيمة النصف من الموهوب ـ و عن المبسوط احتمال الرجوع الى نصف الباقي ، واستدل للاول بانه ينصرف الهبة الى نصيبها منه بمعنى انه بالطلاق قبل الدخول يتمحض النصف الباقي للزوج لانه مصداق نصف مافرضتم فلا يرجع عليها بالمثل اوالقيمة ـ ،واستدل للثاني بشيوع نصيبهما اى نصيب الزوج والزوجة فى تمام العين وشيوع النصف الموهوب ايضاً فى تمامه فيتعلق الهبة بنصف كل من النصيبين فالنصف الباقي نصفه وهو الربع بمنزلة التالف لتعلق الهبة بـه ونصفه باق فيرجع عليها بالربع وبقيمة الربع ـ واستدل للثالث بانه لما تعلقت الهبة

بنصف كل من النصيبين فهو ملك من نصيبها النصف وهو الربع واستعجل نصف نصيب نفسه وانما بقى له النصف الاخرمن نصيبه وهو الربع .

اقول ان ذلك كله مبني على ماهو المشهور بينهم من ان الملكية المشاعة حقيقتها تملك المالك بالملكية التامة الاستقلالية حصة معينة من المال اما النصف او الثلث اوماشاكل ـ واما بناء على ماهو الحق من ان حقيقة الملكية الاشاعية عبارة عن الملكية الناقصة لتمام المال كما شيدنا اركانه فى الجزء الثالث عشر من هذا الشرح فلايتم شيء من ذلك فان الزوجة ح تصرفت فى تمام المال ووهبته للرجل فيكون حكم هذه المسألة حكم مالو وهبت جميع الصداق من الرجوع الى قيمة النصف او مثله (مع) ان جميع الوجوه المتقدمة متوقفة على كون المرئة قبل الطلاق مالكة لنصف الصداق ـ واما على القول المشهور المنصور من انها مالكة لجميع المهر وبالطلاق قبل الدخول يرجع النصف فلايتم شيء منها لانه لا معنى ح لانصراف الهبة الى نصيبها منه ، ولا لتعلق الهبة بنصف كل من النصيبين ـ ويمكن ان يقال ان الاظهر هو القول الاول من جهة ان المرئة بعدما وهبت نصف المهر تكون مالكة لنصف المهر بالملكية المشاعة بالمعنى الصحيح فح اذا طلقها يشمله قوله تعالى فنصف مافرضتم ـ فانه انما يدل على رجوع النصف المشاع والنصف المشاع باق بحاله ولم يتغير ولم يخرج عن ملكها ـ ويؤيد ذلك خبر (١) محمد بن مسلم عن الصادق (ع) عن رجل تزوج امرأة فامهرها الف درهم ودفعها اليها فوهبت له خمسمائة درهم وردتها عليه ثم طلقها قبل ان يدخل بها قال (ع) ترد عليه الخمس مائة الدرهم الباقية لانها انما كانت لها خمسمائة درهم فوهبتها له فهبتها اياها له ولغيره سواء ـ فانه وان كان في هبة النصف المفروز الا انه يشمل المقام بعموم التعليل فتدبر حتى لاتبادر بالاشكال .

---

(١) الوسائل ، باب ٣٥ من ابواب المهور حديث ١

لو اعطاها عوض المهر شيئا فطلقها قبل الدخول

الثالثة اذا اعطاها عوض المهر متاعا او عقارا او حيوانا او غيرذلك مماهو ليس من افراد الكلي المسمى فى العقد ـ كان ذلك وفاء لوقلنا انه معاوضة مستقلة ـ اوباعها ذلك مثلا بما فى ذمته ثم طلقها قبل الدخول ـ. ففى الشرايع وغيرها كان له الرجوع بنصف المسمى دون العوض ـ والظاهر ان مراد القوم بذلك هو الرجوع الى نصف مثل المسمى او قيمته دون نصف نفس المسمى وانما عبروا بذلك لان محط نظرهم فى هذا الفرع الى انه ليس له الرجوع الى نصف العوض ، وكيف كان فهو لايرجع الى نصف العوض لكونه عوض المهر لا نفسه ولا الى نصف المسمى لانتقاله اليه بالمعاوضة الجديدة فيكون بها كالعين التالفة او الموهوبة له او لغيره ـ ويشهد بذلك كله ايضا صحيح (١) الفضيل قال سئلت اباعبدالله (ع) عن رجل تزوج امرأة بالف درهم فاعطاها عبداله آبقا وبردا حبرة بالف درهم التى اصدقها قال (ع) اذا رضيت بالعبد وكانت قد عرفته فلاباس اذاهى قبضت الثوب ورضيت بالعبد قلت فان طلقها قبل ان يدخل بها قال لامهر لها وترد عليه خمسمائة درهم ويكون العبد لها ـ ولو كان المدفوع اليها معيبا من الكلى الذي جعله مهرالها ورضيت به فطلقها قبل الدخول ـ فهل يرجع بنصف المعيب بدون الارش ـ او معه ـ ام يرجع بنصف قيمة الصحيح ـ وجوه والحق ان يقال ان الشيء بالعيب لايخرج عن كونه فردا للكلى فاخذها اياه لايخرجه عن كونه المفروض فيشمله قوله تعالى فنصف مافرضتم. غاية الامر ان كانت المرئة عالمة بالعيب ورضيت به بدون الارش او معه واخذه لابد من ردها نصف ارش المعيب وان كانت جاهلة لاشيء عليها غير نصف المعيب وعلى التقديرين لا يكون اخذها للمعيب لمعاوضة بين المهر والماخوذ كي يصح الرجوع الى نصف المثل او القيمة بل هو اخذ للمهر نفسه ـ اللهم الا ان يقال ان المهر هو الكلى الصحيح غير المنطبق على المعيب فلا محالة يكون اخذ المعيب مع العلم بالعيب بعنوان المعاوضة ـ فلو طلقها قبل الدخول لاوجه للرجوع الى المسمى لانتقاله عنها ولا الى العوض لعدم

---

(١) الوسائل ، باب ٢٤ من باب المهور .

كونه مهرا بل يرجع الى نصف المثل أو القيمة - وان كانت جاهلة بالعيب فالمعاوضة الجديدة غير متحققة ولا يكون اخذها بعنوان الوفاء فهو باق على ملك الزوج بتمامه وتملك المرأة نصف المسمى فى ذمة الزوج ولا شيء عليها سوى رد الماخوذ بتمامه ولهما ان يتراضيا باخذ نصف المعيب بدون الارش او معه وفاء عما في ذمة الزوج وهذا هو الاظهر -

العفو عما تستحقه المرئة

الرابعة - ان عود النصف الى الزوج لو طلقها قبل الدخول - انما هو فيما اذا لم تعف الزوجة عن النصف الباقى لها والا فان عفت يصير الجميع للزوج، ويشهد به مضافا الى عدم الخلاف فيه والى عموم دليل(١) السلطنة على التصرف فى المال كيف شاء المالك قوله تعالى(٢) «الا ان تعفون» ونصوص كثيرة. فلو كان الصداق دينا أو عينا وقد تلفت في يد الزوج صح عفوها بلفظه والاسقاط والابراء - بل عن القواعد وكشف اللثام والهبة بل عن المسالك والتمليك - ولا اشكال فيما لو اريد من لفظ الهبة والتمليك الابراء انما الكلام فيما لو اريد منهما معناهما لو تعلقا بالعين على ان يكون الابراء تبعاً لذلك (وقد اشكل) فى صحته - تارة - بان الكلى فى الذمة معدوم لا يصلح لقيام صفة الملكية التي هي صفة وجودية به الا فيما دل عليه دليل بالخصوص - واخرى - بان الانسان لا يملك مافي ذمة نفسه لاستلزامه تسلط الانسان على نفسه، ولا يعقل ذلك لان المسلط والمسلط عليه متضائفان و التضائف من اقسام التقابل فكيف يمكن اجتماعهما فى واحد - وثالثة - باعتبار القبض في الهبة وهو لا يمكن فى الدين، (وفي الكل نظر) اما الاول فلان الملكية ليست من الموجودات الخارجية كي لا يعقل تحققها الا فى الموجود الخارجي بل هي من الاعتباريات والاعتبار لا يحتاج الا الى طرف في افق الاعتبار وهو كما يكون عينا خارجية يمكن ان يكون كليا فى الذمة - بل ربما يكون المالك كليا ككلى الفقير والسيد في باب الزكاة والخمس - واما الثاني فلعدم المحذور فى تسلط الانسان على نفسه

---

(١) البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم ج ٢، ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) البقرة آية ٢٣٨.

اذ ليس كل ماهو من اقسام التضائف من انحاء التقابل بل ماكان بينهما تغاير في الوجود كالعلية والمعلولية منها ـ والا فالعالمية والمعلومية والمحبية والمحبوبية من اقسام التضائف وليستا من انحاء التقابل وتجتمعان في شخص واحد ويحسب الانسان نفسه ويعلم بنفسه ـ والسلطنة من هذا القبيل فان معناها كون الشخص قاهرا على شخص وكون الغير تحت اختياره وارادته وهذا المعنى يمكن اجتماعه فى شخص واحد بل سلطنة الانسان على نفسه من اعلى مراتب السلطنة كيف وقد ورد « الناس مسلطون على انفسهم » ولم يستشكل احد فى عدم معقوليته ـ واما الثالث ، فلما فى الخبر السابق ـ اذا جعلته فى حل منه فقد قبضته ، ولكن قد عرفت ان تملك الانسان مافي ذمة نفسه فيه محذور لزوم كون الملكية بلا اثر فراجع ماذكرناه ـ فالاظهر عدم صحة لفظ الهبة والتمليك اذا اريد بهما معناهما ـ نعم لو اريد بهما الابراء والاسقاط لامحذور فيه.

ولو كان الصداق عينا صح بلفظ الهبة والتمليك ونحوهما مما يقوم مقامهما ، وهل يصح بلفظ العفو كما عن المبسوط والتحرير للاية الكريمة(١) ـ الا ان تعفون ـ نظراً الى مجيء العفو بمعنى العطاء كما عن العين والمبسوط وعن المسالك ان منه قوله تعالى(٢) «ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو من المال» اى الفضل من الاموال التي يسهل اعطائها وقوله (٣) «خذ العفو» اى خذ ما اعطاك من ميسور اموالهم ولاتشدد عليهم ، ام لا يصح لعدم مجيء العفو بمعنى العطاء ولم يرد من العفو فى الايتين العطاء ـ بل نفس المال الزايد واستفيد العطاء من الانفاق ، وعلى فرض تسليم استعماله فيه في موضع لاريب في كونه خلاف الظاهر ـ والمراد بالعفو في الاية الكريمة ليس لفظه بان تقول المرئة عفوت بل المراد به اسقاط الحق من الدين او العين مطلقا نظير قوله تعالى (٤) «او تسريح باحسان» حيث ان المراد به ليس لفظه كي يصح الطلاق به بل معناه وجهان اظهرهما الاول لان التتبع في موارد استعمال هذه المادة يوجب الاطمينان بكونه للاعم من مايتعلق بالدين خاصة .

---

(١) البقرة آية ٢٣٨ .
(٢) البقرة آية ٢١٩
(٣) الاعراف آية ١٩٩
(٤) البقرة آية ٢٢٩

عفو من بيده عقدة النكاح

الخامسة : او عفى من بيده عقدة النكاح عن النصف الباقي يصير تمام المهر للزوج بلا خلاف ولا اشكال في الجملة، للاية الشريفة (١) «وان طلقتموهن من قبل ان تسموهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم الا ان يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح» ومقتضى اطلاقها كاطلاق اكثر النصوص الواردة في تفسيرها الاتي بعضها هو جواز عفو من بيده عقدة النكاح عن تمام النصف الباقي (واما) النصوص الدالة على انه ليس له ذلك كمرسل (٢) الصدوق قال وفي خبر آخر ياخذ بعضا ويدع بعضا وليس له ان يدع كله، وصحح رفاعة (٣) عن الصادق (ع) عن الذي بيده عقدة النكاح فقال (ع) الولي الذي يأخذ بعضاً ويترك بعضا وليس له ان يدع كله ونحوهما غيرهما (فمعارضة) بمادل على ان له ذلك كخبر (٤) محمد بن مسلم عن الباقر (ع) في قوله تعالى الا ان يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح قال هو الذي يعفو عن الصداق أو يحط بعضه أو كله ونحوه غيره، ولكن حيث لا يمكن الجمع بينهما فلابد من الرجوع الى المرجحات وهي تقتضي تقديم النصوص الاول لكون مضمونها مشهورا بين الاصحاب بل فى الحدائق ربما ظهر من المبسوط والتبيان ومجمع البيان والراوندي في فقه القرآن دعوى الاجماع عليه، وعلى ذلك فلا يصغى الى ماقيل من استبعاد هذا التفصيل بان يكون له العفو عن البعض دون الكل خصوصا مع تصريح بعضهم بعدم الفرق في البعض بين القليل والكثير المقتضى لجواز العفو مع ابقاء شيء من المهر وان قل، وبها يقيد اطلاق الاية والنصوص فما افاده المشهور اظهر.

ثم انه هل يعتبر المصلحة في عفو من بيده عقدة النكاح او عدم المفسدة ـ على القول باعتبار احدهما فى تصرفات الولى كما عن الحلي والمصنف فى المختلف والمحقق ـ ام لا تعتبر كما هو ظاهر المشهور بل قد ادعى عليه الاجماع ـ وجهان (ربما يقال) اظهرهما الاول لاطـلاق مادل على ذلك في مطلق تصرفاته على القول به (وفيه) انه يلزم

---

(١) البقرة آية ٢٣٨
(٢) الوسائل ، باب ٥٢ من ابواب المهور حديث ٢
(٣) الوسائل ، باب ٨ من ابواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ٣
(٤) الوسائل ، باب ٥٢ من ابواب المهور حديث ٤

منه ح حمل الاية والنصوص على الفرد النادر وعليه فالاظهر هو الثاني .

ثم انه وقع الخلاف في تعين من بيده عقدة النكاح فالمشهور بين الاصحاب هو الاب والجد ـ وعن النهاية زيادة الاخ ـ وعن المهذب أومن توليه الامرئة عقدها ـ وعن العامة انه الزوج ـ والاظهر ان المراد به من له الولاية على العقد والسلطنة عليه اما بجعل من الله تعالى كالاب والجد أو باعطائها اياه كالوكيل المفوض. لاحظ نصوص الباب كصحيح(١) عبدالله بن سنان عن الصادق(ع) الذي بيده عقدة النكاح هو ولي امرها، وصحيح(٢) رفاعة عنه (ع) عن الذي بيده عقدة النكاح قال (ع) الولي الذي يأخذ بعضا ويترك بعضا وليس له ان يدع كله ـ وبمضمونهما نصوص اخر وهذه النصوص مختصة بالولي الاجبارى ، وهناك نصوص اخر متضمنة لحكم الاخ وهي ما بين ماهو مطلق كحسن(٣) الحلبي عن ابي عبدالله(ع) في قول الله عز وجل وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم الا ان يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ـ قال هو الاب أو الاخ أو الرجل يوصي اليه والذي يجوز امره فى مال المرئة فيبيع لها ويشتري فاذا عفا فقد جاز ـ ورواه ابو بصير وسماعة عنه (ع) ونحوه صحيح (٤) ابي بصير ومحمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) ـ وبين ماهو مقيد له بما اذا كان الاخ وصيا أووكيلا ـ كمرسل (٥) ابن ابي عمير عن الصادق(ع) فى حديث فى قوله تعالى الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح يعني الاب والذي توكله المرئة وتوليه امرها من اخ أو قرابة او غيرهما. وخبر(٦) اسحاق بن عمار عن جعفر بن محمد عليهما السلام عن قول الله الا ان يعفون قال (ع) المرئة تعفو عن نصف الصداق قلت أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح قال(ع) ابوها اذا عفا جاز واخوها اذا كان يقيم بها وهو القائم عليها فهو بمنزلة الاب يجوز له واذا كان الاخ لا يهتم بها ولا يقوم عليها لم يجز عليها امره ـ والجمع بينهما يقتضي البناء على ان للاخ الذي بيده امرها للوصاية أو الوكالة ان يعفو

(١ ـ ٢) الوسائل باب ٨ من ابواب عقد النكاح حديث ٢ ـ ٣
(٣) الوسائل باب ٥٢ من ابواب المهور حديث ١ .
(٤) الوسائل باب ٨ من ابواب عقد النكاح حديث ٤ .
(٥) الوسائل باب ٧ من ابواب كتاب الوكالة حديث ١
(٦) الوسائل ، باب ٥٢ ـ من ابواب المهور حديث ٥

وليس لغيره ذلك .

فالمتحصل من هذه النصوص ان المراد ممن بيده عقدة النكاح هو الاعم من الاب والجد وممن يجوز امره في مال المرئة ونكاحها كائنا من كان ـ وقدمر الكلام في مبحث اولياء العقدفى من له الولاية على نكاح الصغيرة انه هل للوصي والاخ ذلك ام لا ـ وبينا هناك مايحمل عليه ظاهر امثال هذه النصوص فراجع ولاحاجة الى الاعادة

بيان ما يستقر به المهر

المبحث الثاني فيما يستقر به المهر وهو امور تذكر فى طي مسائل ، الاولى لاخلاف ولااشكال فى انه ﴿ لو دخل ﴾ بها ﴿ قبلا او دبراً استقر المهر ﴾ وعن الروضة وغيرها الاجماع عليه ـ ويشهد به قوله تعالى في الاية المتقدمة ـ مالم تمسوهن المتفق على انه بمعنى الوطء ـ ونصوص متواترة ففي صحيح(١) عبدالله بن سنان عن ابى عبدالله(ع) اذا ادخله وجب الغسل والمهر والعدة . وفي صحيح(٢) الحلبي عنه (ع) اذا التقى الختانان وجب المهر والعدة والغسل ـ وفي صحيح(٣) حفص عنه(ع) اذا التقا الختانان وجب المهر والعدة والغسل . وفي خبر(٤) داود عنه (ع) اذا اولجه فقد وجب الغسل والجلد والرجم ووجب المهر . وفي خبر(٥) يونس بن يعقوب عنه (ع) لا يوجب المهر الا الوقاع في الفرج ـ وفي(٦) صحيح محمد بن مسلم سئلت ابا جعفر (ع) متى يجب المهر فقال (ع) اذا دخل بها الى غير تلكم من النصوص ومقتضى اطلاقها عدم الفرق بين الدخول بها قبلا أو دبرا ، كما ان مقتضى اطلاقها عدم الفرق بين الانزال وعدمه .

وهل يجب المهر ويستقر بالخلوة التامة بحيث لامانع من الوطء وغيرها ام لايجب الا بالوطء فلو خلا بها واستمتع بما دون الوطء ثم طلقها لايجب عليه الا نصف المهر قولان ، المشهور بين الاصحاب هو الثاني ـ وعن خلاف الشيخ حكاية الاول عن قوم من اصحابنا ونسب الى الصدوق ايضاً ، ولكن الظاهر ارادة الجميع الحكم

(١-٢-٣-٤-٥-٦) الوسائل ، باب ٥٣ من ابواب المهور حديث ١-٣-٤-٥-٦-٧

بوجوب المهر عليه على ظاهر الحال وان لم يكن دخل بها لايحل للمرئة ان تأخذ ازيد من النصف كما صرح بذلك في محكى النهاية وحكى عن ابن البراج والكيدري وابن ابي عمير وغيرهم .

وكيف كان فيشهد لعدم ثبوت تمام المهر بالخلوة جملة من النصوص ، كموثق (١) يونس بن يعقوب عن ابى عبد الله (ع) عن رجل تزوج امرأة فأغلق بابا وارخى سترا ولمس وقبل ثم طلقها ايوجب عليه الصداق قال (ع) لايوجب الصداق الا الوقاع ـ وصحيح (٢) زرارة عن ابي جعفر (ع) عن رجل تزوج جارية لم تدرك لايجامع مثلها أو تزوج رتقاء فادخلت عليه فطلقها ساعة ادخلت عليه قال (ع) هاتان ينظر اليهن من يوثق به من النساء فان كن كما دخلن عليه فان لها نصف الصداق الذي فرض لها ولاعدة عليهن منه الحديث ونحوهما غيرهما ـ منها النصوص الحاصرة لوجوب تمام المهر بالوطء المتقدمة ـ ويؤيدها النصوص (٣) الواردة فى العنين الدالة على انه ينظر الى سنة فان وقع بها والافسخت نكاحه ولها نصف المهر ، والنصوص (٤) الدالة على انه اذا خلا بها وتصادقا على عدم الوطء لايصدقان اذا كانا متهمين معللة بانها تريد ان تدفع العدة عن نفسها ويريد هو ان يدفع المهر عن نفسه بل هذه النصوص تشهد به اذ لو كانت الخلوة موجبة للمهر لما صح هذا التعليل الى غير تلكم من النصوص الواردة في الابواب المتفرقة .

وبازائها نصوص ـ كموثق (٥) محمد بن مسلم عن ابى جعفر (ع) عن المهر متى يجب قال (ع) اذا ارخيت الستور واجيف الباب وقال اني تزوجت امرأة في حياة ابى علي بن الحسين (ع) وان نفسى طاقت اليها الى ان قال فلما ان دخلت عليها قذفت اليها بكساء كان على وكرهتها وذهبت لاخرج فقامت مولاة لها فأرخت الستر واجافت الباب فقلت مه قد وجب الذي تريدين ، وصحيح (٦) الحلبي أو حسنه عن

(١) الوسائل ، باب ٥٥ من ابواب المهور حديث ١
(٢) الوسائل ، باب ٥٧ من ابواب المهور حديث ١
(٣) الوسائل ، باب ١٤ من ابواب العيوب والتدليس .
(٤) الوسائل ، باب ٥٦ من ابواب المهور
(٥-٦) الوسائل ، باب ٥٥ من ابواب المهور حديث ٦-٢ .

الصادق عن الرجل يطلق المرئة وقد مس كلَ شيء منها الا انه لم يجامعها الهاعدة قال (ع) ابتلى ابو جعفر بذلك فقال له ابو علي بن الحسين اذا اغلق باباوارخى ستراً وجب المهر والعدة، وخبر (١) زرارة عن ابى جعفر (ع) اذاتزوج الرجل ثم خلابها المرأة فاغلق عليها بابا أو ارخى ستراثم طلقها فقدوجب الصداق وخلائه بها دخول ـ ونحوهاغيرها .

وقد جمع الاصحاب بين الطائفتين ـ بحمل الطائفة الثانية على ارادةان الخلوة كناية عن الدخول بها وان الظاهر من هذا العمل وقوع الدخول لوجوب الستربه عن الناس ، ويشهد لهذا الجمع النصوص الدالة على انهما لايصدقان فى ادعاء عدم الوطء معللة بانه يريد هو ان يدفع المهر عن نفسه لاحظ خبر (٢) ابي بصير قلت لابى عبدالله (ع) الرجل يتزوج المرئة فرخى عليها وعليه الستر وتعلق الباب ثم يطلقها فتسأل المرئة هل اتاك فتقول ماأتاني ويسئل هو هل اتيتها فيقول لم آتها فقال (ع) لايصدقان وذلك انها تريد ان تدفع العدة عن نفسها ويريدهو ان يدفع المهر عن نفسه ونحوه غيره، وايضاً يشهد به مافى ذيل خبر (٣) زرارة المتضمن لقضية تزويج ابى جعفر (ع) ـ فلما رجعت الى ابى فاخبرته بالامر كيف كان فقال انه ليس لها عليك الا النصف يعني نصف المهر ـ فانه يعلم من ذلك ان قوله فى صدر الخبروفي النصوص الاخر المتضمنة لهذه القضية لك الذي تريدين اريد به انه يجب المهر بحسب ظاهر الحال لافي الواقع ونفس الامر ـ وايضا يشهد به ماعن (٤) ابن ابي عمير اختلف الحديث في ان لها المهر كملا وبعضهم قال نصف المهر وانما معنى ذلك ان الوالي انما يحكم بالظاهر اذا اغلق الباب وارخى الستر وجب المهر وانما هذا عليها اذا علمت انه لم يمسها فليس لها فيما بينها وبين الله الانصف المهر ، واماقوله (ع) في خبر زرارة المتقدم وخلائه بها دخول فلايمنع عن هذا الحمل ـ فقدظهر بماذكرناه ضعف مافي الحدائق من الاشكال

(١) الوسائل ، باب ٥٥ من ابواب المهور حديث ٣

(٢) الوسائل ، باب ٥٦ من ابواب المهور حديث ١

(٣) الوسائل باب ٥٥ من ابواب المهور حديث ٧

(٤) الكافى ج ٦ ص ١١٠

على هذا الجمع بانماتضمن قضية تزويج ابى جعفر وخبر زرارة لايقبلان هذاالحمل وان ابيتعن كون هذاالجمع عرفيافيتعين طرح الطائفة الثانيةلمخالفتها لماهو المشهور بين الاصحاب والكتاب ولموافقتها للعامة لماروره عن(١)عمر انه قال من ارخى ستراً واغلق بابا فقد وجب عليه المهرماذنبهن انجاء الفجرمن قبلكم وقد ذهب اليه ابو حنيفة وكثير من العامة لهذه الرواية .

وعن ابن الجنيد اختيار قول رابع في المسألة وهووجوب المهر بالجماع في غير الفرج والتقبيل وساير انواع الاستمتاع اذا كان بتلذذ والانزال بالملاعبة ، وفي الجواهر فلم اجدله فيهذه النصوص مايدلعليه ويمكن انيكون قد اخذه من النصوص الدالةعلى قيام نحوذلك مقام الوطء في حرمة مملوكة الولد على الوالد وبالعكس باعتبار تنزيل ذلكمنزلة الجماع ـ ولكنذلكيتوقف على حجية القياس ـ فالمتحصل مما ذكرناه ان الخلـوة والاستمتاعات غير الوطء لاتوجب المهر .

الثانية يستقر المهر بارتداد احد الزوجين. كما تقدم الكلام فيه مفصلا .

فى موت احد الزوجين

الثالثة في استقرار المهر بموت احدالزوجين قبل الدخول اقوال ـ ١ ـ انه يجب بموت كل واحد منهما قيل انه اشهر الأقوال ـ ٢ ـ انه لايستقر بموت واحد منهما بل حكم موت احدهما حكم الطلاق نسب ذلك الى جماعة من القدماء والمتأخرين بل قيل انه المشهور بين قدماء الطائفة ـ ٣ ـ انه يستقر بموت الزوج وحكم موت الزوجة حكم الطلاق ـ ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص فانها على طوائف.

الاولى مايدل على انتصاف المهر بموت كل منهما قبل الدخول ـ كموثق(٢) عبيد بن زرارة قال سألت ابا عبد الله (ع) عن رجل تزوج امرئة ولم يدخل بها قال(ع) ان هلكت أوهلك أو طلقها ولم يدخل بها فلها النصف وعليها العدة كملا ولها الميراث ـ وصحيح(٣) زرارة قال سئلته عن المرئة تموت قبل انيدخل بها او يموت الزوج قبل انيدخل بها قال (ع) ايهما مات فللمرئة نصف مافرض لها وان

(١) الخلاف ج ٢ ص ٤١٨ كتاب الصداق .

(٢-٣) الوسائل ، باب ٥٨ من ابواب المهور حديث ٣-٧.

لم يكن فرض لها فلا مهر لها ونحوهما غيرهما .

الثانية ـ مايدل على انتصاف المهر بموت الزوج ـ كصحيح(١) محمد بن مسلم عن احدهما (ع) في الرجل يموت وتحته امرأة لم يدخل بها قال (ع) لها نصف المهر ولها الميراث كاملا وعليها العدة كاملة ـ ونحوه صحاح(٢) عبدالرحمن والحلبي ومحمد ـ وموثق(٣) عبيد وخبره(٤) وغيرها من الاخبار البالغة حد التواتر

الثالثة ما دل على انه لاينتصف المهر بموت الزوج قبل الدخول ـ كخبر(٥) سليمان بن خالد قال سئلته عن المتوفى عنها زوجها ولم يدخل بها فقال (ع) ان كان فرض لها مهر افلها مهرها وعليها العدة ولها الميراث وعدتها اربعة اشهر وعشراً وان لم يكن فرض لها مهر افليس لها مهر ولها الميراث وعليها العدة، وخبر(٦) الكناني عن ابى عبد الله (ع) اذا توفى الرجل عن امرأته ولم يدخل بها فلها المهر كله ان كان سمى لها مهراً وسهمها من الميراث وان لم يكن سمى لها مهراً لم يكن لها مهر وكان لها الميراث ، وصحيح(٧) الحلبي عنه (ع) في المتوفى عنها زوجها اذا لم يدخل بها ان كان فرض لها مهراً فلها مهرها الذي فرض لها ولها الميراث الى ان قال وان لم يكن فرض لها مهرا فلا مهر لها وعليها العدة ولها الميراث ، ونحوه صحيحه(٨) الاخر وخبر (٥) زرارة وابى بصير ، وصحيح(٩) منصور بن حازم سألت ابا عبدالله(ع) عن الرجل يتزوج المرئة فيموت عنها قبل ان يدخل بها قال(ع) لها صداقها كاملا وترثه الحديث.

الرابعة ـ مايدل على عدم الانتصاف بموت احد من الزوج والزوجة كخبر(١٠) منصور بن حازم قلت لابى عبد الله (ع) رجل تزوج امرأة وسمى لها صداقا ثم مات عنها ولم يدخل بها قال (ع) لها المهر كاملا ولها الميراث قلت انهم رووا عنك ان لها نصف المهر قال (ع) لايحفظون عنى انما ذلك للمطلقة ـ بتقريب ان مورده وان كان موت الزوج لكن المستفاد من حصر التنصيف في المطلقة قبل الدخول هو عدمه في غيرها مطلقا .

اقول اما بالنسبة الى موت الزوجة فالنصوص متفقة على التنصيف اذ ليس في النصوص مايتوهم دلالته على عدم التنصيف به الاخبر منصور بالتقريب المتقدم ـ ويدفعه

(١-٢-٣-٤) الوسائل ، باب ٥٨ من ابواب المهور حديث ١-٥-٦-٤-١١ .

(٥-٦-٧-٨-٩-١٠-) الوسائل ، باب ٥٨ من ابواب المهور حديث ٢٠ الى ٢٤ .

ان الحصر اضافي بالنسبة الى موت الزوج الذي هو المسؤل عنه ، والاستدلال له بما دل على ثبوت المهر بالعقد ويستصحب كما عن الحلي غير تام - للزوم الخروج عنه بالنصوص المتقدمة الدالة على التنصيف بموت الزوجة فلا ينبغي التوقف في انتصاف المهر بموتها - واما بالنسبة الى موت الزوج فالطائفتان الاوليتان متفقتان على التنصيف به والاخيرتان تدلان على عدم التنصيف ولا يصح الجمع بينهما بحمل الاخيرتين على الاستحباب كما عن الشيخ «ره» لعدم كونه جمعا عرفيا .

وما افاده المحقق اليزدي من ان الترجيح بحسب الدلالة لما دل على عدم التنصيف مطلقا لان قوله (ع) في خبر منصور لا يحفظون عني انما ذلك للمطلقة بمدلوله المطابقي متعرض لحال اخبار التنصيف ودال على انها غير مطابقة للواقع فيكون هذا الخبر حاكما على تلك الاخبار ولا يبقى مجال للمعارضة كي يرجع الى مرجحات الصدور او جهته - وقال في توضيح حكومته عليها ان المراد به بعد القطع بصدور مضمون تلك الاخبار عنهم انهم لمكان غفلتهم عن القرائن الحالية والمقالية المكتنفة بما احدث لهم من الاحاديث لا يتميز لهم ما يكون من احاديثي صادرة على نحو الجد في مقام بيان الاحكام الواقعية عما يكون منها صادرة على نحو التقية فيروون عني ما سمعوه مني كائنا ما كان (يرد عليه) اولا ما تقدم من عدم دلالته على عدم التنصيف بموت الزوجة وانما هو في موت الزوج خاصة، وثانيا ان هذا ليس جمعا دلاليا ولا يكون من الحكومة بل هو جمع جهتي غاية الامر دليل خاص - وثالثاً انه قد نقل جملة من الاصحاب ان جمهور العامة على القول في هذه المسألة بوجوب المهر كملا - ويؤيده ما عن كتاب ينابيع الاحكام المعد لنقل مذاهبهم الاربعة متفقة كانت أو مختلفة - قال ويتقرر المهر كله بالوطء ولو حراما او موت احدهما لانتهاء العقد به انتهى - ورابعا ان ظاهر خبر منصور انكاره (ع) الروايات الدالة على التنصيف وحيث يطمئن بصدور مضمونها عنه (ع) فلابد وان يحمل هذا الخبر على ما صرح به (ع) قال (ع) على ما رواه منصور بن حازم(١) ما اجد احداً احدثه واني لاحدث الرجل بالحديث فيتحدث به فاوتى فاقول انى لم اقله.

والحق ان يقال ان الترجيح لنصوص التنصيف بموت الزوج - اولا لما في الرياض

---

(١) الوسائل ، باب ٥٨ من ابواب المهور حديث ٢٥ .

بل حكى عليه بعض المتأخرين الشهرة بين قدماء الطائفة - وعليه فالشهرة التي هي اول المرجحات مع تلكم النصوص - وثانيا ان المرجح الثاني وهو صفات الراوي معها لان رواتها اوثق واورع واكثر - وثالثاً لمخالفتها للعامة - ورابعا لاعتضادها بالنصوص الكثيرة الواردة في الابواب المتفرقة - منها - ما في(١) اختين اهديتا الى اخوين - ومنها - مافي (٢) الرجل يزوج ابنه يتيمة في حجره ومات الزوج قبل الدخول - ومنها - ما في(٣) غلام وجارية زوجهما وليان - ومنها غير تلكم وقد حكوا عليهم السلام بتنصيف المهر في تلكم الابواب بموت الزوج قبل الدخول - هذا كله مضافا الى امكان حمل نصوص الجميع على ارادة جميع ما تستحقه المرئة من المهر لا جميع ما فرض لها (ويؤيده) ان ذلك جعل فى مقابل من لم يسم لها المهر التى لا مهر لها - وتدل على ان من سمى لها مهرا لها المهر ومن لم يسم لها المهر لا مهر لها - وعليه فالجمع الدلالي بين النصوص ايضا يقتضى البناء على التنصيف ، فالمتحصل مما ذكرناه ان القول بالتنصيف بموت الزوج ايضاً اظهر والاحوط المصالحة .

لو دخل الزوج قبل تسليم المهر كان دينا عليه

ثم ان فى المقام فرعا مناسبا وهو ان المشهور بين الاصحاب انه اذا دخل الزوج قبل تسليم ما فى ذمته من المهر الحال أو المؤجل او بعضه كان جميعه أو الباقي منه دينا على الزوج ولا يسقط بالدخول سواء طالت مدتها عنده أو قصرت طالبت أو لم تطالب به - وعن التهذيبين حكاية القول بالسقوط بالدخول عن بعض الاصحاب وعن الصدوق والحلبى وان اخذت منه شيئاً قبل الدخول سقط الباقي الا ان توافقه على بقاء الباقي عليه دينا .

ويشهد للاول مضافا الى عموم الادلة الدالة على وجوب اداء المهر والدين الذي منه المهر نصوص خاصة - كصحيح(٤) البزنطي قلت لابى الحسن(ع) الرجل يتزوج المرئة على الصداق المعلوم فيدخل بها قبل ان يعطيها فقال(ع) يقدم اليها ما قل او كثر الا ان يكون له وفاء من عرض ان حدث به حدث ادى عنه فلا باس - وموثق(٥) عبد الحميد ابن عواض عن ابى عبد الله (ع) عن الرجل يتزوج المرئة فلا يكون عنده ما يعطيها

(١-٢-٣) الوسائل ، باب ٥٨ من ابواب المهور حديث ١٣-١٤-٢ .
(٤-٥) الوسائل ، باب ٨ من ابواب المهور ، حديث ١-٢ .

فيدخل بها ـ قال (ع) لاباس انماهو دين لها عليه ونحوهما غيرهما .

وبازائها طوائف من النصوص (الاولى) مايدل على سقوط المهر بالدخول مطلقا كصحيح (١) عبدالرحمن بن الحجاج عن ابى عبدالله عن الرجل والمرئة يهلكان جميعاً فيأتي ورثة المرئة فيدعون على ورثة الرجل الصداق فقال وقد هلك وقسم الميراث فقلت نعم ـ فقال ليس لهم شيء قلت فان كانت المرئة حية فجائت بعد موت زوجها تدعى صداقها فقال لاشيء لها وقد اقامت معه مقرة حى هلك زوجها فقلت فان ماتت وهو حى فجاء ورثتها يطالبونه بصداقها قال وقد اقامت حتى ماتت لاتطلبه فقلت نعم فقال (ع) لاشيء لهم قلت فان طلقها فجائت تطلب صداقها قال وقد اقامت لاتطلبه حتى طلقها الاشيء لها قلت فما حد ذلك الذي اذا طلبه لم يكن لها قال (ع) اذا اهديت اليه ودخلت بيته وطلبت بعد ذلك فلا شيء لها (الثانية) ما يدل على سقوط العاجل ـ كموثق (٢) عبيد بن زرارة عن ابي عبد الله (ع) دخول الرجل على المرئة يهدم العاجل ، وخبر (٣) محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) في الرجل يتزوج المرئة ويدخل بها ثم تدعى عليه مهرها قال (ع) اذا دخل عليها فقد هدم العاجل ونحوهما غيرهما (الثالثة) مايدل على سقوط المهران اخذت منه شيئاً قبل الدخول ـ كصحيح (٤) الفضيل عن ابي جعفر (ع) في رجل تزوج امرأة فدخل بها ثم اولدها ثم مات عنها فادعت شيئاً من صداقها الى ان قال واما الصداق فان الذي اخذت من الزوج قبل ان يدخل عليها فهو الذي حل للزوج به فرجها قليلا كان أو كثيرا اذا قبضته منه وقبلته ودخلت عليه فلا شيء لها بعد ذلك ونحوه خبر (٥) المفضل بن عمرو .

ولكن حيث لم يستند الاصحاب الى شيء من هذه النصوص واعرضوا عنها فلاباس باحد التاويلات المذكورة في المقام ـ وان كان احسنها ماعن الشيخ ره وجماعة وهو حمل نصوص السقوط باجمعها على انه ليس لها شيء بمجرد الدعوى من دون بينة ـ ويؤيده خبر (٦) الحسن بن زياد عن الصادق (ع) اذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر وقال الزوج قد اعطيتك فعليها البينة وعليه اليمين، والتوقيع (٧) الشريف كتب

(١-٢-٣-٤-٥-٦-٧) الوسائل ، الباب ٨ من ابواب المهور حديث ٨-٤-٦-١٣-١٤-٧-١٦ .

اليه‌روحي فداه الحميري اختلف اصحابنا فی مهر المرئة فقال بعضهم اذا دخل بها سقط عنه المهر ولا شيء عليه وقال بعضهم هو لازم فی الدنيا والاخرة وكيف ذلك وما الذي يجب فيه فاجاب (ع) ان كان عليه بالمهر كتاب فيه ذكر دين فهو لازم فی الدنيا والاخرة وان كان عليه كتاب فيه اسم الصداق سقط اذا دخل بها وان لم يكن عليه كتاب فاذا دخل بها سقط باقي الصداق. فان اوله كالصريح في ان على المرئة الاثبات وانه بدون البينة لايثبت مقدار المهر .

ومنها ماعن الحلي وجماعة من ان نصوص السقوط محمولة على المفوضة التي لم يسم لها مهرا فانه اذا قدم لها شيئا قبل الدخول ثم دخل بها ساكتة عن ذكر المهر كان ذلك مهرا لها وليس لها بعد المطالبة بمهر المثل ولا بمهر السنة ، ولكن يرده ان خبر المفضل غير قابل لهذا الحمل فانه صريح فی تسمية المهر ومع ذلك حكم (ع) بسقوطه بالدخول .

ومنها ماعن المحدث الكاشاني ره وهو حمل مطلق الاخبار على مقيدها اى يحمل سقوط مطلق الصداق على سقوط العاجل منه فانهم كانوا يومئذ يجعلون بعض الصداق عاجلا وبعضه آجلا وكان بمعنى العاجل ماكان دخوله بها مشروطاً على اعطائه اياها فاذا دخل بها قبل الاعطاء فكانت المرئة اسقطت عنه حقها العاجل ورضيت بتركه لا سيما اذا اخذت بعضه اوشيئاً آخر واما الاجل فلما جعلته حين العقد دينا عليه فلا يسقط الا بالاداء وعليه يحمل الاخبار الاولة (اقول) هذا الجمع وان كان وجيها بالنسبة الى جملة من النصوص ـ ويشهد به خبر(١) غياث بن ابراهيم عن ابى عبد الله(ع) في الرجل يتزوج بعاجل وآجل قال(ع) الاجل الى موت أوفرقة. الا أنه فی نصوص السقوط ما هو فی الاجل كما انه فی نصوص عدم السقوط ماهو فی العاجل ـ فالاصح هو

---

(١) الوسائل ، باب ٨ من ابواب المهور حديث ٣ـ.

الحمل الاول ـ وان ابيت عن ذلك وقلت انه لايمكن الجمع بين النصوص بوجه فالمتعين تقديم النصوص الاولة لانها المشهورة بين الاصحاب وموافقة للكتاب ومؤيدة بالنصوص الكثيرة الواردة في الابواب المتفرقة ـ كموت احد الزوجين ـ والطلاق بعد الدخول ـ والعنين ـ والخصاء وغير تلكم من الابواب الدالة على عدم سقوط المهر بالدخول ـ

في انه لا حد للمهر في الكثرة

المبحث الثالث فيما يصح ان يجعل مهرا ﴿و﴾ قد تقدم في الفصل الرابع في مبحث المتعة انه ﴿**يصح ان يكون**﴾ المهر ﴿**عينا او دينا او منفعة**﴾ او حقا او عمل حر (و) ما شاكل كما تقدم انه ﴿**لا يتقدر قلة ولا كثرة**﴾ و عرفت الكلام في انه ﴿**لا بد من الوصف او المشاهدة**﴾ ام لا ـ وانما الكلام في المقام في مسائل لم تذكرها هناك

الاولى المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة انه لاحد للمهر كثرة كما قدمناه، وعن السيد المرتضى والاسكافي والصدوق المنع من الزيادة عن مهر السنة وهو خمسمائة درهم بل لو زاد عليها رد اليها ، واستدل له ـ بالاجماع ـ وبان المهر يتبعه احكام شرعية فاذا وقع العقد على مهر السنة فمادون ترتبت عليه الاحكام بالاجماع واما الزايد فليس عليه اجماع ولادليل شرعي فيجب نفيه. وبخبر(١) المفضل بن عمر قال دخلت على ابي عبدالله (ع) فقلت له اخبرني عن مهر المرئة الذي لايجوز للمؤمنين ان يجوزوه قال فقال السنة المحمدية خمسمائة درهم فمن زاد على ذلك رد الى السنة ولا شيء عليه اكثر من الخمسمائة درهم ـ فان اعطاها من الخمسمائة درهم درهما او اكثر من ذلك ثم دخل بها فلاشيء عليه الحديث ، (ولكن) يرد على الوجه الاول عدم ذهاب الاصحاب اليه ولم يظهر له موافق سوى مانسب الى الاسكافي والصدوق وصاحب الجواهر يصر على عدم ذهابها اليه ولذا قال في محكى المسالك بعد نقل ادعاء السيد الاجماع عليه وهو عجيب فانه لايعلم له موافق فضلا عن ان يكون مما

---

(١) الوسائل ، باب ٨ من ابواب المهور حديث ـ ١٤ .

يدعى فيه الاجماع - ويرد الوجه الثاني ان الدليل مضافا الى عموم قوله تعالى(١) «فآتوهن اجورهن» وقوله(٢) عز وجل «فنصف ما فرضتم» وماماثلهما من الآيات المطلقة - خصوص قوله عز وجل(٣)«ان اردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئاً» فان القنطار هو المال العظيم - أو وزن اربعين اوقية من ذهب او فضة - او الف دينار - اوالف ومائتا اوقية - أوسبعون الف دينار أو ثمانون الف درهم - أومائتا رطل من ذهب او فضة - اوملاء مسك ثور ذهبا أوفضة وصحيح(٤) الوشاء عن الرضا (ع) قال سمعته يقول لوان رجلا تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين الفا وجعل لابيها عشرة الاف كان المهر جائزا والذي سماه لابيها فاسدا.

وصحيح (٥) الفضيل عن الصادق (ع) عن رجل تزوج امرأة بالف درهم فاعطاها عبد اله ابقاً وبردا حبرة بألف درهم التي اصدقها قال اذا رضيت بالعبد وكانت قد عرفته فلاباس اذا هي قبضت الثوب ورضيت بالعبد ونحوهما غيرهما - فلايبقى مجال لما ذكر ، واما الخبر فمضافا الى ضعف سنده بمفضل - وتضمنه لاحكام غريبة وقد تقدم في المسألة السابقة ما في امثال هذا الخبر - واعراض الاصحاب عنه - لايصلح ان يقاوم النصوص المتقدمة - فالاظهر هوجواز الزيادة عن مهر السنة - ثم انه في المقام طائفة من النصوص يظهر منها تعين كون المهر مهر السنة - وهي الاخبار(٦) المتضمنة ان رسول الله (ص) لم يتزوج ولازوج بناته باكثر من ذلك وانه امر الله تعالى نبيه (ص) ان يسن مهور المؤمنات خمسمائة درهم ففعل ذلك رسول الله(ص) ولم اظفر بمايدل صريحاً على ان من زاد على ذلك رد الى مهر السنة ولا شيء عليه اكثر من مهر السنة سوى خبر المفضل المتقدم (فما) نسب الى المحقق اليزدي من ورود ذلك في الاخبار الكثيرة - كما ترى - ولعله اراد ما اشرنا اليه .

وكيف كان فهذه النصوص لاتدل على تعين كون المهر ذلك سيما وقد دلت

---

(١) النساء آية ٢٥　　(٢) البقرة آية ٢٣٨ .　　(٣) النساء آية ٢٠ .

(٤) الوسائل ، باب ٩ من أبواب المهور ، حديث ١ .

(٥) الوسائل باب ٢٤ من ابواب المهور حديث ١ .

(٦) الوسائل باب ٤ من ابواب المهور .

النصوص الكثيرة على جواز ازيد من ذلك وقد تقدم بعضها ، وفي المبسوط ان(١) الحسن بن علي اصدق امرأته مائة جارية مع كل جارية الف درهم - وان عمر اصدق بنت امير المؤمنين (ع) اربعين الف درهم وذكر ان جماعة من الصحابة والتابعين اصدقوا نحو ذلك ، وفي خبر(٢) محمد بن مسلم قال ابو جعفر (ع) تدرى من اين صار مهور النساء اربعة الاف قلت لا قال ان ام حبيب بنت ابى سفيان كانت بالحبشة فخطبها النبي (ص) وساق اليها عنه النجاشي اربعة الاف فمن ثم ياخذون به فاما المهر فاثنتا عشر اوقية ونش ، فالمتعين حمل تلكم النصوص على ارادة ان المهر الشرعي اي ما اخذ في موضوعه المهر هو ذلك فاذا امهرت المرئة ازيد من الخمسمائة كان الجميع واجبا على الزوج قطعا الا ان المهر الشرعي منه الخمس مائة والزايد مهر عرفى واجب شرعي على الزوج وان شئت فسمه نحلة - واذا ورد الدليل على ان للمرئة الامتناع عن الزوج حتى تتسلم المهر ولم تكن هناك قرينة على ارادة العرفى كان المراد به الخمسمائة واذا عقد على امرأة على المهر انصرف الى ذلك وهكذا ويشهد به ما رواه(٣) العياشي في تفسيره عن عمر بن يزيد قلت لابى عبد الله (ع) اخبرني عمن تزوج على اكثر من مهر السنة ايجوز ذلك قال (ع) اذا جاز مهر السنة فليس هذا مهراً انما هو نحلة لان الله تعالى يقول فان آتيتم احداهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئاً انما عنى النحل ولم يعن المهر الا ترى انها اذا امهرها مهرا ثم اختلعت كان له ان ياخذ المهر كاملا فما زاد على مهر السنة فانما هو نحل كما اخبرتك فمن ثم وجب لها مهر نسائها لعلة من العلل الحديث .

---

(١) المبسوط ص ٣٥٢ كتاب الصداق .

(٢ - ٣) الوسائل ، الباب ٤ من ابواب المهور حديث ٦ - ١٠ .

حكم مالو سمى للمرئة مهرا ولغيرها شيئا

الثانية ـ لو سمى للمرئة مهرا ولابيها او غيره من الاولياء او واسطة اواجنبي شيئاً معيناً ـ فالمشهوربين الاصحاب لزوم ما سمى لها وسقوط ماسمى لغيرها بل عن الغنية الاجماع عليه ، والكلام فيه تارة فيما يقتضيه القواعد ـ واخرى فيما يقتضيه النصوص الخاصة .

اما الاول فما يجعل لغيرهاان كان من جملة المهر فسد لما ياتي من النصوص المانعة عن جعل المهر لاب الزوجة معللا بانه ثمن رقبتها ـ وهل يفسدماجعل لهاايضا ام لا كلام سياتي فيما لو جعل المهر شيئا وفسد بعضه ـ وان لم يكن من جملة المهر بل كان خارجا عنه فالاظهر صحة الشرط كان ذلك شرطا في المهر او في العقد كان الشرط عملا او مالا ـ وعلى الثاني كان الشرط تمليك المال للغير او ملكية الغير له ـ وذلك كله لعموم دليل(١) وجوب الوفاء بالشرط ـ ودعوى ـ ان الشرط للاجنبي كالشرط الابتدائي لايجب الوفاء به ـ مندفعة بانه لم يدل الدليل الا على لزوم كون الشرط في ضمن عقد ـ واما كون المشروط له احد المتعاقدين فلم يدل دليل عليه ولذا لم يستشكل احد في جعل خيار الشرط في البيع للاجنبي بذلك ـ فان قيل ان شرط النتيجة لايجب الوفاء به لان أسباب الملك محصورة وليس الشرط منها قلنا ان النتيجة المشروطة ان دل الدليل الخاص على عدم حصولها الا بسبب خاص كالزوجية والطلاق وماشاكل صح ما افيد ـ واما ان لم يدل دليل على ذلك كالملكية فنفس دليل لزوم الوفاء بالشرط يدل على تحققها به وانه من اسبابها كيف وقد اتفقوا على صحة شرط ملكية امور ـ مثل اشتراط كون مال العبد وحمل الجارية وثمر الشجرة ملكا للمشترى ـ وغير ذلك ـ ودعوى ـ تسويغ ذلك لكونها توابع للمبيع ـ مندفعة بعدم صلاحية ذلك للفرق ـ مع انه يظهر من بعضهم جواز اشتراط ملك حمل دابة في بيع اخرى ـ فان قيل ـ انه يعتبر كون الشرط فعلا ليجب الوفاء به ـ قلنا ـ ان

(١) الوسائل ، باب ٦ من ابواب الخيار كتاب التجارة .

دليل الشرط بما ان مضمونه عدم انفكاك المؤمن عن شرطه لاحظ قولهم (ع) المسلمون عند شروطهم - فلا محالة يكون ظاهرا في الحكم التكليفي ولكن لا يتـوقف ذلك على كونه فعلا بل يشمل مالو كان من قبيل شرط النتيجه بلحاظ ترتيب الاثار عليها ولذا تمسك به الامام (ع) في موارد كلها من هذا القبيل - كعدم الخيار للمكاتبة التى اعانها ولد زوجها على اداء مال المكاتبة مشترطا عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق ، فان قيل ان الشرط ان كان في العقد لافى المهر ، فسد العقد لان النكاح لايقبل الاشتراط - قلنا - سيأتي في بعض المسائل الاتية ان الذي يفسد ويفسد هو شرط الخيار في النكاح دون ساير الشروط - .

واما الثاني - ففي المقام رواية - وهي صحيحة (١) الوشاء عن الرضا (ع) لو ان رجلا تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين الفا وجعل لابيها عشرة آلاف كان المهر جائزا والذي جعله لابيها فاسدا - وهذه الرواية تدل على ان المجعول لابيها لو كان بنحو شرط تمليكه له او شرط الملكية له من ماله فهو فاسد وبالفاء الخصوصية يتعدى الى لو ماجعل عملا له عليه- وايضا يتعدى الى غير الاب ومقتضى اطلاقها عدم الفرق بين كون المجعول مؤثرا في تقليل مهـر الزوجة بسبب جعله في العقد وعدمه -ولا بين كون المجعول لابيها تبرعا محضا او لاجل وساطة وعمل محلل ، ولكنها لا تشمل مالو جعل لها مهرا وشرط ان تعطى المرئة اباها شيئاً منه - او ان تعمل لابيها عملا- اوصيرورة مقدار من المهر بعد دخوله في ملكها لابيها - والاظهر صحة ذلك كلـه (فما) عن المحقق في شرح القواعد وان كان قد سمى المجموع للزوجة مهرا وشرط عليها ان تدفع الى ابيها منه شيئاً على وجه التبرع منه والاحسان فالفساد لاوجه له لان ذلك شرط لايخالف الكتاب والسنة فلا وجه لابطاله وعلى هذا لو طلقها يرجع بنصف المجموع لان جميعه هو المهر - متين جدا (كما ان) ما في الشرايع ولو امهرها مهراً وشرط ان يعطى اباها منه شيئاً معينا قيل يصح المهر والشرط - ونحوه ماعـن القـواعد - هـو الصحيح اى مانسباه الى قيل متين - وقد مال اليه الشهيد ايضا فى شرح الارشاد - .

---

(١) الوسائل ، باب ٩ من ابواب المهور حديث ١ .

جواز تزويج امرأتين بعقدواحد

الثالثة ـ لاخلاف بين الاصحاب في انـه يجوز ان يتزوج امرأتين او اكثر بعقـد واحد ـ بل ظاهر جماعة منهم عدم الفرق في ذلك بين وحدة الزوج وتعدده ـ كمالو قال ، زوجت فاطمة زيداوهندا بكرافقال وكيلهما قد قبلت ـ ويشهد به في جميع الصور اطلاق الأدلة ـ وفي بعضها ـ خصوص صحيح(١) جميل عن الصادق (ع) فى رجل تزوج خمسا في عقدة ـ قال (ع) يخلى سبيل ايتهـن شاء ويمسك الأربع ونحوه غيره .

انما الخلاف في انه هل يصح المهر لو جمعهمابمهر واحد كقوله بمائةفرس ونحو ذلك ـام لاـوقد ذكر في وجه عدم الصحة ان المهر هنا متعددفي نفسهوان كان مجتمعا وحصة كل واحد غير معلومة حال العقد وعلمها بعد ذلك لايفيدالصحة، (وفيه) اولا قدتقدم انه لادليل على اعتبار معلوميةالمهر ـ بل ظاهر جملة من النصوص عدم اعتبارها ـ لاحظ ـ صحيح (٢) محمد بن مسلم المتضمن لقضية المـرأة التي اتت الى رسول الله(ص) وطلبت منه الزوج وقد زوجها النبي من رجل وجعل مايحسنه الرجل من القرآن مهرا ولم يسئل عن مقداره مع كونه مجهولا لها ـ والنصوص(٣) الاتية الدالة على جواز جعل المهر بيتاً أوداراًأوخادما وان لهاالوسط منهاوالأخبار(٤) الدالة على جواز تفويض المهر بان يذكر المهر في العقد ويفوض تعيينه الى احد الزوجين بعينه ـ بل قد عرفت انه لولا مخالفة الاصحاب لقلنا بعدم اعتبار معلومية المهر ولومن جهة ـ وثانيا انه لودل الدليل على اعتبار معلومية المهر ـ فالمتيقن منه معلومية ماجعل في العقد مهرا وهي حاصلة في المقام وانما المجهول حصة كل منهما

---

(١) الوسائل ، باب ٤ من ابواب مايحرم باستيفاء العدد حديث ١ .

(٢) الوسائل ، باب ٢ من ابواب المهور حديث ١ .

(٣) الوسائل ، باب ٢٥ من ابواب المهور .

(٤) الوسائل ، باب ٢١ من ابواب المهور .

فالاظهر هو الصحة .

ثم انه بناء على القول بالصحة هل يكون المهر بينهن بالسوية كما عن الشيخ في المبسوط ومن تبعه ـ ام يقسط على مهور امثالهن فيعطي كل واحدة مايقتضيه التقسيط نحو البيع وجهان ـ واستدل للاول بان المهر ليس عوضا حقيقيا كي يقسط على حسب مايقع بازائه من المعوض بل هو نحلة فاذا جعل شيء واحد مهر الامرئتين يكون نظير ماذا وهب شيئاً واحدا من شخصين في كونه بينهما بالسوية من غير فرق بين كونهما مساويين في الشان او مختلفين (اقول) لااشكال ولا خلاف في عدم كونه عوضا حقيقيا ولذا لاينفسخ العقد بتلفه ولا يسقط بامتناعها عن التمكين الى الموت ونحو ذلك من الفروع التي لاتناسب مع كونه عوضا، وعلى ذلك بنينا على ان ضمان الزوج للمهر انما هو ضمان يد كالعارية المضمونة لاضمان معاوضة ـ ولكن ذلك وحده لايقتضي التسوية بعد فرض ان للبضع قيمة وهي مهر المثل ـ وعليه فالاظهر هو تقسيط المهر نحو تقسيطه في المبيعين .

فى حكم من أسر مهراً وأعلن غيره

الرابعة ـ اذا تزوج المرئة بمهر سراً وباخر جهرا لا خلاف بينهم في ان لها الاول في الجملة ـ وتنقيح القول بالبحث اولا فيما تقتضيه القاعدة ـ ثم فى النص الخاص .

اما الاول - فتارة يعقدمعها على مهر معين سرا - ثم يعقد معها على مهر اخـر جهرا كما هو المعمول بين الناس - واخرى يقع العقد على مهر معين كالفين جهرا ـ مع تواطئهما على ارادة الالف من الالفين - وثالثة ـ يقع العقد على الالفين لكـن تواطئا على عدم الالتزام الا بنصف ما ذكر في العقد .

اما في الصورة الاولى فلااشكال في صحة الاول وان لها المهر الاول لوقوع العقد الثاني لغوا .

واما في الصورة الثانية ففي محكى المسالك فيه وجهان مبنيان على ان اللغات هل هي توقيفية او اصطلاحية وعلى ان الاصطلاح الخاص يؤثر في الاصطلاح العام ويغيره ام لا فعلى الاول تفسخ المهر لان الالف غير ملفوظة والالفين غير مقصودة ولم

تقع عبارة عنها لمباتنها لهاوينتقل الى مهر المثل - وعلى الثاني يحتمل الصحةويكون المهر الالف لاصطلاحهما عليه وكون الالفين بوقوع العقد عليه باتفاقهما والوضع العام لايتغير وهذا الاحتمال يجري ايضاً على الاول انتهى (اقول) لااشكال في انه لايعتبر في الانشائيات سوى الاعتبار النفساني وابراز ذلك باي نحو كان غاية الامر قام الاجماع على اعتبار كون المبرز للعقد نفسه مصداقاعرفيا له ومبرزا له بحسب المتفاهم العرفي ولا دليل على اعتبار ذلك في الخصوصيات وعليه فيصح المهر المقصود في الصورة المفروضة لقصد الالف وابرازه بما تواطئا على كونه مظهراله فالاظهر هو الصحة على المهر المقصود .

وأما في الصورة الثالثة فان كان تواطئهما على عدم الالتزام الا بالنصف على نحو اشتراط السقوط بعد الثبوت فالاظهر الصحة ووقوع العقد على المهر الذي جهر به بناء على ماتقدم من انه لاعبرة بالشرط غير المذكور في النكاح لدلالة النصوص الخاصة عليه - وان كان تواطئهما على عدم ثبوت ازيد من النصف فالظاهر فساد المهر لرجوع ذلك الى التناقض في القصد .

واما النص فقد روي(١) زرارة عن الباقر(ع) في رجل اسر صداقا واعلن اكثر منه انه قال (ع) هو الذي اسر وكان عليه النكاح - وظاهره وحدة العقد وتعدد المهر بحسب السر والعلن فينطبق على الصورة الثانية التي كان مقتضى القاعدة ايضاً هو الصحة على المهر الذي اسر به .

في امتناع الزوجة عن التسليم حتى تقبض مهرها

الخامسة المشهور بين الاصحاب انه يجوز للزوجة غير المدخول بها ان تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض مهرها اذا كان المهر حالا والزوج موسرا وفي الحدائق نفي الخلاف فيه وعن كشف اللثام وغيره دعوى الاتفاق عليه - وفي الحدائق وعن المحقق الاردبيلي وسيد المدارك انه ليس لها الامتناع من تسليم نفسها .

---

(١) الوسائل . باب ١٥ - من ابواب المهور حديث ١ .

واستدل للاول ـ بان النكاح مع الاصداق معاوضة بالنسبة الى ذلك لاتحاده معها في الكيفية المقتضية ان لكل من المتعاقدين الامتناع من التسليم حتى يقبض العوض ـ وبخبر ـ(١) زرعة عن سماعة سئلته عن رجل تزوج جارية او تمتع بهائم جعلته من صداقها في حل ايجوز ان يدخل بها قبل ان يعطيها شيئاً قال (ع) نعم اذا جعلته في حل فقد قبضته منه ، بدعوى انه يدل بمفهومه على عدم جواز الدخول بها قبل القبض وان لها الامتناع من ذلك ـ لايقال ان اطلاقه يقتضي عدم جواز الدخول بها حتى مع عدم امتناعها ـ فانه يرده ان هذا الحكم حيث يكون من جهة مراعاة حقها فلا اطلاق له لصورة رضاها بالدخول ـ وبمادل من النصوص على عدم الدخول بها حتى يعطيها شيئاً ـ كخبر(٢) ابى بصير عن الصادق (ع) اذا تزوج الرجل المرئة فلا يحل له فرجها حتى يسوق اليها شيئاً درهما فما فوقه او هدية من سويق اوغيره ونحوه غيره .

وفي الكل نظر اما الاول فلعدم كون النكاح مع المهر من قبيل المعاوضات الحقيقية اولا ـ وثانيا انه في البيع ونحوه ان قلنا بعدم وجوب التسليم مالم يتسلم العوض ـ فانما هو من جهة الشرط الضمني المبنى عليه العقد وهو عدم التسليم الامع تسليم الاخر وان كان في صحة هذا الشرط في محله كلاما من جهة كونه خلاف الكتاب والسنة وهذا الوجه لايجري في المقام لما تسالموا عليه من ان الشرط في عقد النكاح لايجب الوفاء به الا اذا ذكر في ضمن العقد وقد مر الكلام فيه (واما ما ذكره) المحقق اليزدي ره في وجه جواز الامتناع عن التسليم مالم يتسلم في المقامين بان معنى الوفاء بالعقد اللازم بحكم العرف والشرع هو العمل خارجا على طبق ما التزم المتعاقدان به في العقد من النقل والانتقال ومن المعلوم انهما التزما وتعهدا في العقد على المبادلة المالية بين العوضين وتسليط كل منهما صاحبه على ماعنده من احد العوضين بازاء تسليط الاخر اياه على ماعنده من العوض الاخر والعمل الخارجي على

---

(١) الوسائل ، باب ٤١ من ابواب المهور حديث ٢

(٢) الوسائل ، باب ٧ من ابواب المهور حديث ١

طبق هذا الالتزام والتعهد انما هو بدفع كل منهما ماملكه من صاحبه اليه بازاءدفع الاخر ماملكه منه اليه (فيرد عليه) ان الوفاء عبارة عن التمام او مايقاربه والايفاء عبارة عن الاتمام والانهاء وعليه فان كان العقد متعلقا بالنتيجة كملكية عين بعوض او زوجية مرأة بصداق كان الوفاء به اتمامه وعدم رفع اليد عنه بحله ونقضه ـ وعليه فلا يستفاد من دليل وجوب الوفاء بالعقد تسليم العوضين اذ العقد لم يتعلق بترتيب آثار الملكية فهو اجنبى عن الوفاء به ، مع ان غاية مايلزم مما افيد وجوب التسليم على كل منهما لاجواز امتناع كل منهما مع امتناع الاخر ولا تلازم بينهما اذ منع احدهما الاخر عن حقه وظلمه لايستلزم جواز الظلم للاخر ومنعه من حقه - ودعوى - انه يلزم منه الضرر عليها - مندفعة بان الحاكم يجبره ح على دفع العوض والمهر ، واما الثاني فيرده ان مفهومه ح ينطبق على منطوق النصوص الاخر الظاهرة في عدم جواز الدخول قبل ان يعطيها شيئاً - فانه المسئول عنه في المنطوق فالجواب عنه هو الجواب عن الوجه الثالث ، واما الثالث ـ فيرده اولا انه لاربط لتلك النصوص بالمهر بل انما تدل على انه لابد وان يعطيها شيئاً ولو غير المهر ـ وثانياً : انها محمولة على الاستحباب للاجماع على عدم لزومه وللنصوص الصريحة في ذلك ـ لاحظ(١) صحيح زرارة عن ابي عبد الله (ع) عن رجل تزوج امرأة ايحل له ان يدخل بها قبل ان يعطيها شيئا قال (ع) نعم ـ و نحوه غيره .

فالمتحصل مما ذكرناه عدم جواز ان تمتنع من تسليم نفسها قبل قبض المهر ـ لولا الاجماع على الجواز والظاهر وجوده فتدبر .

ثم انه على القول بجواز الامتناع وقع الاشكال فيما لو امتنع كل منهما من التسليم حتى تقبض وفيه اقوال ـ ١ ـ ماعن المسالك وكشف اللثام من انه يؤمر الزوج بايداع الصداق عند من يتقان به او عدل وتؤمر الزوجة بالتمكين فاذا وطئها قبضته لان الوطء في النكاح هو القبض اذ البضع لايدخل تحت اليد ـ ٢ ـ انه يجبر الزوج على تسيلم الصداق اولا فاذا سلمه سلمت هي نفسها لان فائت المال يستدرك

---

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب المهور حديث ١٧

بخلاف فائت البضع -٣- انه لايجبر واحدمنهما بل يوقف الى ان يبادر احدهما بالتسليم فيجبر الاخر عليه ، ويرد الاخيران الايقاف ربما يؤدي الى بقاء النزاع فلابدمن تعيين مابه يرتفع النزاع ، ويرد ماقبله ان مدرك جواز امتناعها ان كان هو الاخبار الخاصة فهو متين لعدم نص في امتناع الزوج وكذا لو كان هو الاجماع وان كان هو القاعدة فهي في اقتضائها لجواز الامتناع بالنسبة اليهما على حد سواء ، ويرد الاول انه لودل الدليل على جواز امتناع كل منهما لادليل على وجوب الايداع ، ويمكن ان يقال انه على القول بجواز امتناع كل منهما في طريق دفع التنازع ان يمكن المرئة الزوج من نفسها ويؤمر الزوج باعطاء المهر ثم الوطء فان ما بازاء المهر هو التمكين لا الوطء خارجا وبذلك يرتفع النزاع اذ بعد التمكين ان امتنع الزوج من المهر لها ان تمتنع من الوطء .

ثم ان فى المقام صوراً اخر ، احداها مالو كان الزوج معسرا والمهر معجلا فالمشهور بينهم ان الحكم فيها كما في الصورة السابقة من انه يجوز لها الامتناع حتى تقبض مهرها وانما الفرق بينهما في الاثم وعدمه اذمع اليسار ومطالبتها المهر يجب عليه التسليم فبالمنع منه يائم بخلاف فرض عدم اليسار ، ولكن حيث عرفت ان العمدة في وجه جواز الامتناع في الصورة السابقة الاجماع والمتيقن من معقده صورة اليسار فلا مخصص في المقام لعموم مادل على وجوب طاعة الزوج – بل يمكن ان يقال انه في صورة علمها قبل العقد باعسار الزوج وانه لايصير موسرا اما للتالي او فى زمان قريب يكون اقدامها على العقد كاشفا عن عدم اشتراطها عدم التسليم واسقاطها لحق الامتناع وعليه فلوتم ماافيد فى الصورة السابقة من ان القاعدة تقتضي جواز الامتناع لايتم في هذه الصورة .

الصورة الثانية مالو كان المهر مؤجلا كان الزوج موسرا او معسرا لاخلاف بينهم في انه ليس لها الامتناع اذ لايجب لها عليه شيء فيبقى وجوب حقه عليها بلا معارض مع ان بناء العقد ح على عدم ايقاف تسليم نفسها على تسلم المهر –ولكن وقع الخلاف بينهم في انها لو عصت ولم تمكن منه الى ان صار المهر حالا او انه

مضت المدة ولم يدخل بها لمانع من جهته أو من جهتها - هل يجوز لها الامتناع من تسليم نفسها حتى تقبض المهر كما عن الشيخ في النهاية - ام لايجوز لها ذلك كما عن الشيخ في المبسوط وتبعه الاكثر وجهان ، واستدل للاول - بان بناء المعاوضة كان على سقوط حق امتناعها الى الاجل لا مطلقا فاذا حل الاجل اثر المقتضى وهو المعاوضة اثره وهو جواز الامتناع من التسليم قبل التسلم - وفيه - مضافا الى ما عرفت من عدم تمامية هذا الوجه رأسا انه لو تم لايجري في المقام اذ بعد فرض اسقاط المرئة حق امتناعها قبل ان تسلم المهر لايكون العقد مقتضيا لجواز الامتناع - وبعبارة اخرى عدم جواز الامتناع قبل حلول الاجل ليس لوجود المانع بل لعدم المقتضى فبعد حلوله لاوجه له بعد دلالة الدليل على انه تجب على المرئة طاعة الزوج - فالاظهر انه ليس لها الامتناع بعد حلول الاجل .

الصورة الثالثة مالو كان المهر حالا ولكن الزوجة مكنت من الدخول بها قبل ان تقبض المهر فدخل بها - فهل لها الامتناع بعد ذلك مالم تقبض المهر - ام لا قيل المشهور بين الاصحاب هو الثاني وقد صرح به جمع من القدماء والمتأخرين - وعن الشيخ في النهاية والمبسوط والشيخ المفيد والقاضي اختيار الاول - وفرق ابن حمزة بين تسليم نفسها اختيارا فحكم بسقوط حقها من الامتناع واكراها فجوز لها الامتناع (اقول) اما في صورة عدم الاكراه فعلى ما اخترناه من عدم اقتضاء القاعدة جواز امتناعها عن التسليم وان البناء عليه في اصل المسألة انما هو للاجماع فالحكم واضح اذ لا اجماع في هذه الصورة فلا يجوز لها الامتناع قطعا ، واما على القول بان القاعدة تقتضي هناك جواز الامتناع - فقد يقال بانها تقتضى الجواز في المقام لان احد العوضين وهو منفعة البضع يتجدد لايمكن قبضه جملة والمهر بازاء الجميع فبالتسليم مرة لم يحصل الاقباض فجاز الامتناع (وفيه) انه لو سلم كون النكاح من قبيل المعاوضات فغايته ما هناك كون المهر بازاء الزوجية التي من آثارها الاستمتاع بالبضع ولو مرة واحدة - مع انه لو سلم كونه بازاء البضع فهو بازاء الانتفاع بها ولو مرة واحدة اذ لو كان كما افيد لزم ان ينقص من المهر كلما امتنعت الزوجة من الانتفاع بها - وهذا باطل بالضرورة - واما في صورة الاكراه فحيث ان الذي يقتضيه القاعدة على

مازعموا هو جواز امتناعها والدخول بها عن كره لايوجب تسليمها فيكون حقها باقيا ـ ولكن المختار عدم جواز الامتناع عليها في هذا الفرض ايضاً لان المتيقن من الاجماع مالولم يدخل بها .

ثم انه على القول بان لها حق الامتناع لودخل بها وهي مستكرهة هل يكون دخوله بها حراما ام لا ـ الظاهرهو الثاني فان غاية مايثبت بالقاعدة والدليل الخاص ان لها ان تمتنع واما انه ليس له الدخول بزوجته فلا يدل شيء من ماذكر عليه ـ اللهم الا ان يقال ان الشرط الضمنى في ضمن العقد هوعدم الدخول بها حتى يسلمها المهر او ان بناء العقد على ذلك وعليه فيتم القول بعدم جواز الوطء ولكن الذي يسهل الخطب فساد المبنى .

الصورة الرابعة مالو عقد المرأة غير المهياة للدخول بها اما لكونهاصغيرة او مريضة اوماشاكل ـ فهل له ان يمتنع من تسليم المهر ان كان حالا ـ ام لا اماعلى ما اخترناه فلا اشكال في انه ليس له الامتناع من ذلك ، واما على القول الاخر فيمكن التفصيل بين ماذا كانت مهياة لساير الاستمتاعات فامتنعت هي ان كانت كبيرة او وليها ان كانت صغيرة من تسليمها فله ذلك وان لم تكن مهيأة لها او سلمت نفسها لها فليس له ذلك ويظهر وجهه مما اسلفناه ـ كما انه يظهر منه حكم مالو كانت صغيرة فزوجها وليها وهي قابلة للاستمتاعات الاخر غير الوطء وانه ليس له ان يمتنع من تسليمها اليه (ودعوى) ان القصد الذاتى من الاستمتاع الوطء والباقي تابع فاذا تعذر المتبوع انتفى التابع وامساكها لغير ذلك حضانة والزوج ليس اهلالها وانما هي للاقارب ـ مع انه لايؤمن اذا خلابها ان ياتيها فتتضرر (مندفعة) بان الاستمتاع بغير الوطء ايضاًمقصود بالاصالة وعلى اي تقدير هو من آثار الزوجية ولذا لااشكال في جوازه مع عدم جواز الوطء والخوف من ان تتضرر لايسوغ منع الزوج من حقه .

فى التفويض

المبحث الرابع في التفويض وهو لغة ايكال الامر الى الغير ـ وشرعا ردامر المهر او البضع الى احد الزوجين او الثالث او اهمال المهر في العقد وعدم ذكره

بالمرة والأول يسمى تفويض المهر - والثاني تفويض البضع - فالكلام هنا يقع في مقامين - الاول في تفويض البضع بان لايذكر في العقد مهر اصلا.

ذكر المهر ليس شرطاً في صحة العقد

صرح غير واحد من الاصحاب بانه ليس ذكر المهر شرطاً في صحة العقد﴿ و ﴾ انه﴿ لو ﴾ عقد عليها و﴿ لم يتعين ﴾ المهر ولم يذكره في العقد﴿ صح العقد ﴾ وفي الحدائق وادعى عليه جماعة الاجماع - وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه، ويشهد به من الكتاب قوله تعالى(١) «لاجناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقاً على المحسنين» - ومن السنة نصوص كثيرة ، كصحيح(٢) الحلبى قال سئلته عن الرجل تزوج امرأة فدخل بها ولم يفرض لها مهرا ثم طلقها فقال (ع) لها مهر مثل مهور نسائها ويمتعها وموثق (٣) منصور بن حازم قلت لابى عبد الله (ع) فى رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا قال (ع) لاشيء لها من الصداق فان كان دخل بها فلها مهر نسائها ، وما(٤) رواه عبد الرحمن بن ابى عبد الله قال ابوعبد الله فى رجل تزوج امرأة ولم يفرض لهاصداقها ثم دخل بها قال (ع) لها صداق نسائها او نحوها غيرها

ثم انه لااشكال في صحة العقد لو اهمل ذكر المهر او شرط عدم المسمى انما الكلام فيما لو شرط عدم المهر اصلا ولو بعد الدخول - فالمعروف بينهم بطلان العقد - واستدل له بوجهين (احدهما) ان الشرط خلاف مقتضى العقد - وخلاف الكتاب والسنة - ولكن يرد الاول انه ليس خلاف مقتضى العقد الذي هو عبارة عن الالتزام بزوجية كل منهما للاخر - ويرد الثاني ان غايته فساد الشرط فيكون من قبيل العقد الذي لم يسم فيه المهر - وقد حقق في محله ان الشرط الفاسد لايفسد العقد (الثانى) النصوص الخاصة كصحيح(٥) الحلبى سألت ابا عبد الله (ع) عن

(١) سورة البقرة آية ٢٣٧

(٢-٣-٤) الوسائل ، باب١٢ من ابواب المهور حديث ١-٢-٣ .

(٥) الوسائل ، باب ٢ من ابواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ١

المرئة تهب نفسها للرجل ينكحها بغير مهر فقال (ع) انما كان هذا للنبي (ص) واما لغيره فلا يصلح هذا حتى يعوضها شيئا يقدم اليها قبل ان يدخل بها قل او كثر ولو ثوب او درهم وقال يجزي الدرهم ، وصحيح(١) ، زرارة عن ابى جعفر (ع) عن قول الله عزوجل وامرأةمؤمنةان وهبت نفسها للنبي فقال (ع) لاتحل الهبةالالرسول الله (ص) واما غيره فلا يصلح نكاح الا بمهر - ونحوهما المرسل(٢) عن عبد الله بن سنان - ومرسل(٣) ابن المغيرة (وفيه) اولاانه لو تم ذلك ودلت هذه النصوص على البطلان لزم منه فساد العقد بدون ذكر المهر مطلقا وبعبارة اخرى ليس مورد هذه النصوص اشتراط عدم المهر كي تدل على البطلان في خصوص هذا الفرض وثانيا - انها تدل على عدم وقوع نكاح بلا مهراصلا - وهذا لايلازم بطلان العقد في المقام بل صحته مع المهر - وبالجملة - بعد فرض ان فساد الشرط لا يوجب فساد العقد - يكون اشتراط عدم المهرأسا كعدم الاشتراط فكمايحكم هناك بالصحة للكتاب والسنة -فكذلك هنا- وعليه فما عن الشيخ من الصحة حتى مع اشتراط عدم المهر وقواه صاحب الجواهر ره هو الاصح .

ثم ان المشهور بين الاصحاب ان مجرد العقد بلامهر لا يوجب المهر ﴿و﴾ لا المتعة بل ﴿**كان لها مع الدخول مهر المثل مالم يتجاوز السنة فان تجاوز رد اليها - ومع الطلاق لها المتعة**﴾ فلو مات احدهماقبل الدخول فلامهر لها ولا متعة فهيهنافروع (١) انه لايجب المهر ولا المتعة الابالدخول او الطلاق فلاشيء عليه بدونهما - والظاهر انه لاخلاف فيه ويشهد له الاية المتقدمة - وجملة من النصوص - لاحظ ،صحيح (٤) الحلبى عن الصادق (ع) في المتوفى عنها زوجها قبل الدخول وان لم يكن فرض لها مهرافلا مهر لها ، وصحيح (٥) زرارة عن المرئة تموت قبل ان يدخل بها او يموت الزوج قبل ان يدخل بها قال (ع) ايهما مات فللمرئة نصف مافرض لها وان لم يكن فرض لها فلا مهر لها ونحوهما غيرهما .

(١-٢-٣) الوسائل ، باب ٢ من ابواب عقدالنكاح حديث ٤-٣ .

(٤-٥) الوسائل ، باب ٥٨ من ابواب المهور حديث ٢٢-٧ .

حكم المهر اذا لم يذكر في العقد

(٢) لاخلاف بين الاصحاب في انه مع الدخول يجب عليه مهر المثل وهذا لااشكال فيه والنصوص شاهدة به وقد تقدمت جملة منها - انما الكلام فيما قيدوه به وهو ان لايتجاوز مهر السنة وهو خمسمائة درهم والا رد الى مهر السنة - واستدل له - بالاجماع الذي ادعاه السيدابن زهرة وفخر المحققين ره وبجملة من النصوص كخبر(١) ابى بصير عن الصادق (ع) عن رجل تزوج امرأة فوهم ان يسمى لها صداقا حتى دخل بها قال (ع) السنة والسنة خمسمائة درهم ، وخبر(٢) المفضل بن عمر المتقدم المتضمن ان من زاد على ذلك رد الى السنة ولاشيء عليه اكثر من الخمسمائة درهم - وبمعلومية ادونية كل امرأة بالنسبة الى بنات النبي (ص) اللاتي لم يتزوجن الا بذلك - وبفحوى ماورد فيمن تزوج امرأة على حكمها الاتى الدال على انه لايتجاوز ماسنه رسول الله (ص) - ولكن الاجماع المحكى بعدمعلومية مدرك المجمعين ليس بحجة ، وخبر ابى بصير وان لم يرد عليه ماذكر من ضعف السند وانه في غير المفوضة فانه في ناسي ذكر الصداق - فان ضعف سنده لو كان منجبر بالعمل مع انه ممنوع - ونسيان ذكر الصداق من مصاديق المفوضة اذليس معناها الا عدم ذكر المهر - ولكن يرد عليه انه يدل على استحقاقها لمهر السنة بالدخول مطلقا وان كان مهر مثلها اقل من مهر السنة فيقع التعارض بينه وبين النصوص المتقدمة .

وقد يجمع بين الطائفتين بحمل النصوص المتقدمة على ارادة مهر المؤمنات بحمل نسائها عليهن والمراد من مهرهن ما سنه رسول الله (ص) لهن من مهر السنة ويشهد به - ما في ذيل خبر(٣) العياشي المتقدم في جواب السؤال عن مقدار مهر المثل ان مهر المؤمنات خمسمائة وهو مهر السنة وقد يكون اقل من خمسمائة ولا يكون اكثر من ذلك ومن كان مهرها ومهر نسائها اقل من خمسمائة اعطى ذلك

(١) الوسائل ، باب ١٣ من ابواب المهور حديث ٢ .

(٢) الوسائل ، باب ٨ من ابواب المهور حديث ١٤ .

(٣) الوسائل ، باب ٤ من ابواب المهور حديث ١٠ .

الشيء ومن فخر وبذخ بالمهر فازداد على خمسمائة ثم وجب لها مهر نسائها في علة من العلل لم يزد على مهر السنة خمسمائة درهم ، قيل ـ ويشهد لهذا الجمع مادل على حصر المهر في المهر المسمى ومهر السنة كصحيح(١) الحلبي عن الصادق(ع) عن المهر فقال (ع) ما تراضى عليه الناس او اثنتا عشرة اوقية ونش او خمسمائة درهم ـ ونحوه خبر(٢) جميل .

ولكن يرد على هذا الجمع ان قوله في صحيح الحلبي المتقدم لها مهر مثل مهور نسائها ـ يابى عن الحمل المزبور فان مهر السنة مهر لها بماهي مؤمنة لامهر مثل مهور المؤمنات مع ان خبر العياشي يدل على ان مهر المؤمنات قد يكون اقل من مهر السنة، وقوله ان مهر المؤمنات الخ في جواب السؤال عن مهر نسائها لاعن مهر السنة ـ اضف الى ذلك ان لازم ذلك هو البناء على استحقاقها مهر السنة مطلقا والاصحاب غير ملتزمين بذلك (ودعوى) ان مهر السنة ليس هو خصوص خمسمائة درهم بل هو تلك او اقل وانما يكون خمسمائة حداً للاكثر لقوله في خبر العياشي وقد يكون اقل من خمسمائة ولا يكون اكثر من ذلك (فيها) ان الضمير في يكون راجع الى مهر المؤمنات لا الى مهر السنة ومهر السنة هو خصوص خمسمائة درهم كما صرح بذلك في النصوص ـ وبذلك ظهر مافي نصوص الحصر ـ فاذاً التعارض بين طائفتين باق فان امكن حمل خبر ابى بصير على مورده فهو ـ والا فيقدم تلكم النصوص عليه ـ وبها يقيد اطلاق نصوص الحصر المتقدمة ـ فالمتحصل بعد ملاحظة جميع النصوص ان لها مهر المثل مطلقاً وان زاد على مهر السنة كما هو ظاهر المصنف في محكي المختلف وصريح الشهيد الثاني وصاحب الحدائق .

ثم انه يعتبر في مهر المثل حال المرئة في الشرف والجمال والعقل والادب والبكارة وصراحة النسب واليسار وحسن التدبير وكثرة العشرة وعادة نسائها وماشاكل من الامور التي يختلف بها الفرض والرغبة اختلافا بينا ـ والمعتبر في اقاربها من الطرفين كما هو الاشهر بل ظاهر المبسوط ان عليه الاجماع للعموم المستفاد من

(١ـ٢) الوسائل ، باب ١ من ابواب المهور حديث ٤ـ٥ـ١٠ .

اضافة النساء اليها (فما) عن المهذب والجامع من التخصيص بالعصبات مع الامكان (غير تام) اذ لا دليل لهما سوى دعوى عدم اعتبار الام ومن انتسب اليها في الفخر وهو كما ترى - ويعتبر ايضاً كون اقاربهامن اهل بلدها او بلد لايخالف عادةبلدها لتفاوت البلدان في المهور تفاوتاً بيناً وربما يظهر من بعضهم ملاحظة حال الزوج بالنسبة الى مهرها لاختلاف مهر النساء باختلاف الازواج اختلافابينا - وهو متين كما جزم به المصنف ره في محكى القواعد .

بيان مورد المتعة

-٣- لاخلاف بين الاصحاب في انه لو طلق المفوضة قبل الدخول فلها المتعة ولا مهر لها وفي الجواهر بل لعل الاجماع بقسميه عليه ويشهد به ظاهر الكتاب والسنة المستفيضة الاتية جملة منها .

انما الكلام في انه هل تختص المتعة بالمطلقة قبل الدخول كما هو المشهور بين الاصحاب وظاهر الفتاوى التسالم عليه - ام تجب في غيرها ايضابها كما احتمله بعض الاجلة - اقول النصوص الواردة في المقام طوائف - منها - مايدل بالاطلاق على ثبوتها دخل بها ام لم يدخل كصحيح (١) حفص عن الصادق (ع) في الرجل يطلق امرأته ايمتعها قال (ع) نعم امايحب ان يكون من المحسنين امايجب ان يكون من المتقين ، وخبر (٢) البزنطي عن بعض اصحابنا عن الصادق (ع)ان متعة المطلقة فريضة ونحوهما غيرهما - ومقتضى اطلاقها وجوب المتعة في المطلقة مفوضةكانت ام غيرها - دخل بها أم لا ، ومنها ما يدل على وجوب المتعة في المطلقة المفوضة وغيرها قبل الدخول ، كخبر (٣) ابى حمزة عن الباقر (ع) عن رجل يريد انيطلق امرأته قبل ان يدخل بها قال (ع) يمتعها قبل ان يطلقها - ونحوه غيره ، ومنها مايدل على وجوب المتعة في المفوضة قبل الطلاق لو دخل بها كصحيح(٤)الحلبى عن الصادق

(١-٢-٣) الوسائل ، باب ٤٨ من ابواب المهور ، حديث ٥-٢-٤- .

(٤) الوسائل ، باب ١٢ من ابواب المهور حديث ١

عن الرجل يتزوج امرأة فدخل بها ولم يفرض لهامهراثم طلقها قال (ع) لهامثل مهور نسائها ويمتعها ، وفي خبره(١) الآخر عنه ايضا في قوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف قال متاعها بعد ان تنقضي عدتها الحديث اذ لاعدة لغير المدخول بها اجماعا ونصا ـ ، ومنها مايدل على وجوب المتعة للمفوضة غير المدخول بها لو طلقها وهي كثيرة ، كصحيح(٢) الحلبي عن ابى عبد الله(ع) في الرجل يطلق امرأته قبل ان يدخل بها قال (ع) عليه نصف المهر ان كان فرض لها شيئا وان لم يكن فرض لها شيئاً فليمتعها على نحو مايتمتع به مثلها من النساء ـ ونحوه خبر (٣) ابي بصير وخبر (٤) الحسن بن زياد وغيرهما ـ ومنها ـ مايدل على عدم ثبوت المتعه الا في المفوضة غير المدخول بها ـ كصحيح(٥) الكناني عن ابى عبد الله (ع) اذا طلق الرجل امرئته قبل ان يدخل بها فلها نصف مهرها وان لم يكن سمى لهامهرا فمتاع بالمعروف على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وليس لها عدة الحديث فانه بمفهوم الشرط يدل على اختصاص المتعة بالمفوضة غير المدخول بها ونحوه غيره ـ ومنها مايدل على اختصاص وجوب المتعة بغير المدخول بها ـ كخبر(٦) علي بن احمد ابن اشيم قلت لابي الحسن (ع) اخبرني عن المطلقة التي تجب على زوجها المتعة ايتهن هي فان بعض مواليكم يزعم انها تجب المتعة للمطلقة التي قد بانت وليس لزوجها عليها رجعة فاما التي عليها رجعة فلا متعة لها فكتب (ع) البائنة ـ بناء على ان المراد بالبائنة غير المدخول بها كما هو الظاهر .

والجمع بين النصوص يقتضي ان يقال ان اطلاق الطائفة الاولى يقيد بالطائفة الخامسة والسادسة كما ان اطلاق الثانية يقيد بالطائفة الخامسة واما الطائفة الثالثة فهي معارضة مع الطائفة الخامسة والجمع العرفي بينهما يقتضى حملها على الاستحباب

---

(١) الوسائل ، باب ٥٠ من ابواب المهور حديث ٢ .
(٢-٣) الوسائل ، باب ٤٨ من ابواب المهور حديث ٧-٨
(٤) الوسائل ، باب ٤٩ من ابواب المهور حديث ٨
(٥) الوسائل ، باب ٤٨ من ابواب المهور حديث ـ٨
(٦) الوسائل ، باب ٤٨ من ابواب المهور حديث ٣

وان ابيت عن ذلك فيتعين حملها على التقية - فما افاده صاحب الجواهره بعدنقل جملة من النصوص ان المطلق منها منزل على المطلقة المفوضة التي لم يفرض لها ولم يدخل بها والناص منها منزل على ضرب من التقية او الاستحباب هو الحق - فالمتحصل مما ذكرناه تمامية ماافاده المشهور من اختصاص وجوب المتعة بالمفوضة المطلقة غير المدخول بها -هذا مايستفاد من النصوص ،واما الايات فالاية المتقدمة(١) «لاجناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقاً على المحسنين» تدل على وجوب المتعة للتي لم تفرض لها فريضة . ان طلقت قبل الدخول وحيث انه في الاية اللاحقة لهذه الاية يبين حكم من سمى لها فريضة وتدل تلك الاية على وجوب نصف المهر والتفصيل قاطع للشركة فتدل على عدم وجوبها لغير المفوضة - وبها وبالنصوص المتقدمة يقيد اطلاق قوله تعالى(٢) «وللمطلقات متاع بالمعروف» ان كان المراد به المتعة لا النفقة

ولو ابرئته المفوضة قبل الوطء والطلاق من مهر المثل او المتعة فان كان الابراء تنجيزيا فعليا لم يصح لانه ابراء مالم يثبت وان كان معلقا على الوطء او الطلاق صح لعدم الدليل على عدم جواز مثل هذا التعليق في الانشاء بعد كونه صحيحا على القاعدة كما مر في بعض المسائل المتقدمة .

في تعيين المراد من المتعة

ثم انه لاخلاف ولا كلام في انه يعتبر في المتعة حال الزوج بالنسبة الى السعة والاقتار، ويشهد به الاية الكريمة «على الموسع قدره وعلى المقتر قدره» وجملة من النصوص كصحيح(٣) الكناني عن الصادق(ع) اذا طلق الرجل امرأته قبل ان يدخل بها فلها نصف مهرها فان لم يكن سمى لها مهرا فمتاع بالمعروف على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ونحوه غيره انما الكلام في مواضع -١- هل يلاحظ حالها ايضاً من حيث الشرف كما في

(١-٢) سورة البقرة آية ٢٣٨ و ٢٤١

(٣) الوسائل ، باب ٤٨ من ابواب المهور حديث ٨-

الجواهر وغيرها وعن المبسوط ان الاعتبار بهما جميعا عندنا وقال قوم الاعتبار به لقوله تعالى ومتعوهن الخ وهذا هو الاقرب - ام لايلاحظ حالها كما هو المشهور شهرة عظيمة كما في الرياض بل عن الغنية الاجماع عليه وجهان ، اوجههما الاول - لان الاية والنصوص لاتدل الا على اعتبار حاله ولامفهوم لها كي تدل على انه لاتلاحظ حال غيره - وجملة من النصوص تدل على اعتبار حالها ايضاً - كصحيح(١) الحلبي عن الصادق (ع) في رجل يطلق امرأته قبل ان يدخل بها عليه نصف المهر ان كان فرض لها شيئاً وان لم يكن فرض لها شيئاً فليمتعها على نحو مايمتع به مثلها من النساء - ونحوه خبر(٢) ابى بصير فالاعتبار بحالهما .

٢ - ان المفهوم من ظاهر الاية الكريمة وجملة من الاخبار هو انقسام الزوج الى قسمين الموسر والمعسر ولكن المشهور بين الاصحاب تقسيمه الى ثلاثة باضافة المتوسط اليهما - واستدل له(٣) بما عن فقه الرضا وان لم يكن سمى لها صداقا يمتعها بشيء قل او كثر على قدر يساره فالموسع يمتع بخادم او دابة والوسط بثوب والفقير بدرهم او خاتم كما قال الله تعالى ومتعوهن الخ ، وبمرسل(٤) الفقيه روى ان الغنى يمتع بدار وخادم والوسط يمتع بثوب والفقير يمتع بدرهم وخاتم، اقول يمكن الاستدلال له باطلاق خبر(٥) العياشي عن الصادق والكاظم (ع) عن المطلقة مالها من المتعة قال (ع) على قدر مال زوجها ، وفي الحدائق والظاهر كما استظهره في المسالك ان مرجع الاقسام الثلاثة المذكورة الى القسمين المذكورين لان القسم الثالث الذي هو الوسط بعض افراده ملحق بالاعلى وبعضها مايلحق بالاسفل فهو لايخرج منهما ومن ثم انه (ع) في كتاب الفقه بعد ذكر الاقسام الثلاثة استدل عليه بالاية التي ظاهرها انما هو التقسيم الى قسمين وما ذاك الا من حيث ما ذكرناه.

٣ - قال المصنف ره ﴿فالموسر بالثوب المرتفع او عشرة دنانير والمتوسط

(١-٢) الوسائل ، باب ٤٨ من ابواب المهور حديث ٨-٧

(٣) المستدرك ، باب ٣٤ من ابواب المهور حديث ٥

(٤-٥) الوسائل ، باب ٤٩ من ابواب المهور حديث ٣ -٧

بخمسة والفقير بخاتم او درهم ﴾وعن النافع ان الغني يمتع بالثوب المرتفع وعشرة دنانير وازيد - واعترض سيد المدارك على المحقق بانا لم نقف على مستنده قال وزاد في الشرايع الدابة ايضاً وهو كالذي قبله ثم قال والأجود اتباع ماورد به النقل وهو ان الغني يمتع بالعبد او الأمة او الدار والفقير بالحنطة والزبيب والخاتم والثوب والدرهم فما فوقه (اقول) ان المذكور في النصوص - بالنسبة الى الموسع العبد والأمة كما في خبر (١) الحلبي - والدار والخاتم كما في مرسل (٢) الفقيه - والراحلة كما في خبر (٣) عبد الله بن بكر - وبالنسبة الى المتوسط - الثوب كما في المرسل وبالنسبة الى الفقير الحنطة والزبيب والثوب والدرهم كما في خبر الحلبى - وخمار أو شبهه كما فى خبر (٤) ابى بصير - والدرهم والخاتم كما في مرسل (٥) الصدوق - وحيث انه من المعلوم كون ذلك من باب المثال سيما بعدما في النصوص من الاختلاف لاالحصر - فكل ماذكره الاصحاب مع ما بين ماذكروه من الاختلاف حسن - لاايراد عليهم .

فى ان محل المتعة قبل الطلاق او بعده

بقى في المقام فروع - احدها - ان ظاهر الكتاب وجملة من النصوص ان محل المتعة بعد الطلاق - وصريح جملة اخرى من النصوص ان محلها قبل الطلاق لاحظ صحيح (٦) محمد بن مسلم عن الباقر (ع) عن الرجل يطلق امرأته قال (ع) يمتعها قبل ان يطلق - فان الله تعالى يقول ومتعوهن الخ ، وخبر (٧) زرارة عنه (ع) متعة النساء واجبة دخل بها او لم يدخل بها ويتمتع قبل ان تطلق ، وخبر (٨) ابى حمزة الثمالي عن الباقر (ع) سئلته عن الرجل يريد ان يطلق امرأته قبل ان يدخل بها ، قال (ع) يمتعها قبل ان يطلقها - ونحوها غيرها (والجمع) بين النصوص يقتضي ان

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل ، باب ٤٩ من ابواب المهور حديث -١-٣-٥-٢

(٦-٨) الوسائل ، باب ٤٨ من ابواب المهور حديث ١-٤

(٧) الوسائل ، باب ٥٠ من ابواب المهور حديث ١

يقال ان استحقاقها للمتعة انما يكون بالطلاق ولكن له ان يقدم المتعة فان قدمها ثم طلقها يكون الطلاق كاشفا عن كون ما اعطاها متعة - لانه نفل يسقط به الفرض كما ذكره بعض الأجلة وان لم يطلقها فله استرجاعها منه .

ثانيها انه بعدما لااشكال في وجوب المتعة وقع الكلام في انه هل هو مجرد الحكم التكليفي من غير استتباع للوضع ام يكون مستتبعا له - وعلى الثاني فهل هو من قبيل الحق المتعلق بالذمة كحق الرهانة - ام يكون من قبيل الدين الثابت في ذمة الزوج ففيه وجوه - اوجهها اوسطها اذ التكاليف المتعلقة بالمال يستفاد منها عرفا كونها من الحقوق او الدين - وحيث ان امثال هذا الحكم المتعلق بما الاحد مخصوص له بل له مراتب متفاوتة لاتكون من قبيل الدين اذ لامعنى لاشتغال الذمة بما هو مردد بين الاقل والاكثر فلا محالة تكون من قبيل الحقوق ولا يستلزم ذلك عدم الضرب مع الغرماء بموت او بفلس وعدم تعلقه بتركة الزوج لعدم اختصاص ذلك بالدين المصطلح بل هو جار في الحق المالي ايضاً ولتمام الكلام محل آخر .

ثالثها انه قد عرفت ان مستحق المتعة هي المطلقة التي لم يفرض لها مهر ولم يدخل بها - وهل المفوضة التي حصلت البينونة بينها وبين الزوج بغير الطلاق - اما من قبله من فسخ او موت او لعان او غير ذلك او من قبلها كالارتداد والاسلام - أو من قبلهما كالخلع - أو من اجنبي كالرضاع - لامهر لها ولا متعة كما هو المشهور - ام تجب المتعة في الجميع كما عن المصنف ره في المختلف - ام تجب اذا كانت البينونة من قبله او من قبلهما دون ما كان من قبلها خاصة كما عن الشيخ في المبسوط وجوه - اظهرها بحسب الادلة هو الاول لاختصاص الدليل بالطلاق - وما في خبر(١) جابر من التعليل له بقوله(ع) فانهن يرجعن بكآبة وخسارة وهم عظيم وشماتة من اعدائهن لايصلح منشأ للتعميم بعد ضعف الخبر وكونه في مقام بيان الحكمة لا العلة.

---

(١) الوسائل ، باب ٤٩ من ابواب المهور .

التراضي بعد العقد بفرض المهر

ـ رابعها ـ صرح غيرواحد بأنه لو تراضيا بعد العقد بفرض المهر جاز سواء كان بقدر مهر المثل او اقل او ازيد وسواء كانا عالمين او جاهلين او كان احدهما عالما والآخر جاهلا .واستدل لهفي الشرايع وغيرها ـ بان فرض المهر اليهما ابتداء فجاز انتهاء ـ والظاهر اننظرهم فيهذا الدليل الى اطلاق قوله تعالى(١) «اوتفرضوا لهن فريضة» بمنع انصرافه الى ماهو المتعارف من فرضها في العقد ـ والى النصوص الحاصرة للمهر بما تراضيا عليه ومهر السنة المتقدمة ـ كصحيح(٢) الحلبي عن الصادق (ع) عن المهر فقال ماتراضى عليه الناس او اثنتاعشرة اوقية ونش او خمسمائة درهم ونحوه غيره ـ وكيف كان فظاهر من تعرض له كون المسألة من ماتسلموا عليه

وهل للمفوضة حق مطالبة فرض المهر بعد العقد وحبس نفسها على فرضه وعلى تسلمها بعده كما صرح به غير واحد بل لم ينقل الخلاف عن احد ـ وفي الجواهر انه يظهر من ذكرهم له ذكر المسلمات ان عليه الاجماع ـ ام ليس لها ذلك ـ وجهان (قد استدل) للاول ـ بانها بالعقد ملكت ان تملك المهر عليه بالفرض أو الدخول فكان لها المطالبة بذلك كي تعرف استحقاقها بالوطء أو الموت أو الطلاق ورضاها بالتفويض انما هو بالنسبة الى خلو العقد عن المهر لاعدمه مطلقا ـ وبأن النكاح معاوضة في الواقع وان خلا عقده عن ذكر العوض فيجري عليه حكمها من المطالبة بتعيين العوض وحبس المعوض حتى يسلم العوض ، ذكرهما صاحب الجواهر ره، وبصحيح (٣) الحلبي عن الصادق (ع) عن المرئة تهب نفسها للرجل ينكحها بغير مهر فقال (ع) انما كان هذا للنبي (ص) فاما لغيره فلا يصلح هذا حتى يعوضها شيئاً يقدم اليها قبل ان يدخل بها قل او كثر ولو ثوب اودرهم ـ بتقريب انه يستفاد منه

(١) سورة البقرة آية ٢٣٧
(٢) الوسائل ، باب ١ من ابواب المهور حديث ٤ .
(٣) الوسائل باب ٢ من ابواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ١

ان لها حقاعليه قبل الدخول فلها المطالبة به قبله (وفي الكل نظر) اما الاول ـ فلانه مصادرة فان ملكيتها لان تملك المهر عليه قبل الدخول لادليل عليها والكلام الان في ذلك ـ واما الثاني ـ فلمنع كون النكاح معاوضة كما مرمنا ومنه قده في موارد عديدة ، واما الثالث ـ فلانه يدل على لزوم المهر في النكاح وانه لابد وان يعطي الزوج شيئاً قبل النكاح ولا يدل على استحقاقها فرض المهر قبل الدخول فالعمدة فيه هو التسالم عليه .

ثم انه لو تراضيا على شيء فلا كلام ـ والافقد يقال انه يرجع الى الحاكم فكلما فرضه الحاكم يلزم عليهما لان الحاكم معد لقطع الخصومات ـ ولكن الحق انه يرجع الى مهر السنة للنصوص الحاصرة للمهر في ماتراضيا ، ومهر السنة ـ وبذلك يظهر مافي كلمات القوم في المقام .

فى تفويض المهر

المقام الثاني في تفويض المهر - وهو يتصور على نحوين (احدهما) ان يذكر المهر في العقد على نحو الاجمال ويفوض تعيينه الى احد الزوجين او الاجنبي ، (ثانيهما) ان لايذكر في العقد مهر اصلا بل يفوض فيه اصل فرض المهر وتقديره الى احد الزوجين اوالاجنبي ،وقد وقع الخلاف بين صاحب الجواهر وبعض الاجلة في ان الثاني من قبيل تفويض البضع أومن قبيل تفويض المهر واثر هذا النزاع انه ان كان من قبيل تفويض البضع صح على القاعدة ولحقه حكمه ـ وان كان من قبيل تفويض المهر فهو باطل على القاعدة لجهالة المهر واذا كان الدليل على الصحة مع الجهل بالمهر مختصا بالقسم الاول كان هذا باطلا ، ولكن حيث عرفت انه لادليل على بطلان العقد بجهالة المهر الا الاجماع ان ثبت والمتيقن منه غير المقام فهو صحيح على القولين فلا اثر لهذا النزاع ـ وان كان الاظهر كونه من قبيل تفويض المهر فان مرجع تفويض اصل تقدير المهر ومقداره الى احد الزوجين الى جعل مهر يفرضه احدهما .

وكيف كان فالاولى الرجوع الى النصوص الخاصة الدالة على صحة العقد مع تفويض المهر وما يترتب عليه من الاحكام وهي اخبار -منها خبر(١) زرارة قال سألت ابا جعفر(ع) عن رجل تزوج امرأة على حكمها قال (ع) لاتجاوز بحكمها مهر نساء آل محمد (ع) اثنتا عشرة اوقية ونشا وهو وزن خمسمائة درهم من الفضة قلت ارأيت ان تزوجها على حكمه ورضيت بذلك فقال ماحكم من شيء فهو جائز عليها قليلا كان او كثيرا قال فقلت له كيف لم تجز حكمها عليه واجزت حكمه عليها قال فقال (ع) لانه حكمها فلم يكن لها ان تجوز ماسن رسول الله (ص) وتزوج عليه نسائه فرددتها الى السنة ولانها هي حكمته وجعلت الامر اليه في المهر ورضيت بحكمه في ذلك فعليها ان تقبل حكمه قليلا كان او كثيرا - ومنها صحيح(٢) محمد ابن مسلم عنه (ع) في رجل تزوج امرأة على حكمها اوعلى حكمه فمات او ماتت قبل ان يدخل بها -قال(ع) لها المتعة والميراث ولا مهر لها قلت فان طلقها وقد تزوجها على حكمها قال اذا طلقها وقد تزوجها على حكمها لم يتجاوز بحكمها عليه اكثر من وزن خمسمائة درهم فضة مهور نساء رسول الله (ص) ، ومنها صحيح(٣) الاحول قال قلت لابيعبد الله (ع) رجل تزوج امرأة بحكمها ثم مات قبل ان تحكم - قال (ع) ليس لها صداق وهي ترث ، ومنها خبر(٤) ابى بصير سئلت ابا عبد الله(ع) عن الرجل يفوض اليه صداق امرأته فينقص عن صداق نسائها - قال (ع) تلحق بمهر نسائها - ونحوها جملة من النصوص الاخر - وتنقيح القول فيما يستفاد من هذه النصوص يقتضي البحث في مواضع .

١ ان اطلاق النصوص يشمل القسمين المتقدمين وهما تفويض اصل تقدير المهر ومقداره الى احدهما وذكر المهر في العقد على نحو الاجمال وتفويض تعيينه الى احدها فلا وجه لاختصاص الحكم باحد القسمين .

٢- ﴿و﴾ الظاهر من الاخبار انه ﴿لو تزوجها بحكم احدهما صح﴾ العقد وهو المتفق عليه في احدهما بعينه - وعن كشف اللثام او مطلقا كما يظهر من الخلاف

(١-٢-٣-٤) الوسائل ، باب ٢١ من ابواب المهور حديث ١-٢-٣-٤

والمبسوط والسرائر ـ وعن هذه الكتب والتحرير اختيار جواز التفويض اليهما معا ـ وعن بعضهم جوازه الى الأجنبي ،فان قلنا بعدم اعتبار معلومية المهر . فالاظهر هو الصحة في الجميع ـ وان قلنا باعتبارها فحيث ان المدرك منحصر بالاجماع ولا اجماع في شيء من الموارد فالاظهر هو الصحة في الجميع ايضاً ، ويؤيده في التفويض الى الاجنبي ما قيل من انه في معنى التوكيل وقد تراضيا عليه ـ وفي الجميع الاولوية من تفويض البضع ـ وعموم قوله(١) (ص) المسلمون عند شروطهم ، ومن الغريب ان الشهيد الثاني منع التفويض الى الاجنبى وقال انه لايتعدى الى غير الزوجين بغير اذن شرعي ومع ذلك جوز التفويض اليهما معا ـ مع انه ايضا بلا اذن شرعي لاختصاص النصوص بالتفويض الى احدهما ـ مع ان التفويض اليهما مظنة النزاع والاختلاف .

٣ ـ المشهور بين الاصحاب ان المهر متى فوض تقديره الى الزوج كان له الحكم بما شاء من قليل او كثير فلا تقدير له في طرف القلة ولا الكثرة (و) اذا فوض تقديره الى الزوجة لم يتقدر من طرف القلة ويتقدر في طرف الكثرة بمهر السنة ف

﴿ يلزم ما يحكم به صاحب الحكم مالم تتجاوز المرئة مهر السنة ان كانت هي الحاكمة ﴾

بل الظاهر عدم الخلاف في شيء من ذلك وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه ـ ويشهد به خبر زرارة المتقدم ـ واورد عليه سيد المدارك بضعف السند لان في طريقه حسن بن زرارة وهو مهمل ـ وبان ما تضمنه من تعليل الفرق غير واضح فانه فرق بنفس الدعوى ـ ولكن يرد على الاول ان الحسن بن زرارة وان لم يوثق في كتب الرجال ولكن الظاهر كما صرح به المجلسي ره وغيره انه حسن لكونه اماميا ممدوحا ودعى له الصادق (ع) في الخبر (٢) الذي رواه الكشي بطريق صحيح فلا وجه للمناقشة في السند مضافا الى استناد الاصحاب اليه وكون الراوي عنه هشام بن سالم ـ ويرد الثاني ـ اولا ان عدم وضوح الفرق لايضر بالمقصود من الاستدلال به ـ وثانياً انه يمكن ان يوجه التعليل بانه اذا كانت هي الحاكمة لو لم يقدر لها حد يمكن ان تجحف

---

(١) الوسائل ، باب ٦ من ابواب الخيار كتاب التجارة .

(٢) رواه العلامة المامقانى فى ترجمة زرارة ج ١ ص ٤٤١ .

وتحكم بمالا يطيق فلذا حد لها فلما كان خير الحدود ماحده رسول الله(ص) جعل ذلك حدا ، اضف الى ذلك كله ان صحيح محمد بن مسلم المتقدم ايضاً يدل على التحديد ان كانت هي الحاكمة ـ فلا اشكال في الحكم من هذه الجهة ، واما خبر ابى بصير الظاهر في التقدير في طرف القلة لو فوض الامر الى الزوج بأن لايكون اقل من مهر المثل ـ فقد حمله الشيخ قده على ماإذا فوض اليه على ان يجعله مهر نسائها ـ قال المحدث الكاشاني وبعده لايخفى والصواب حمله على ماهو الاولى وان لم يلزمه اكثر مما اوفى انتهى ـ اقول الجمع بينه وبين خبرزرارة يقتضي البناء على ما افاده المحدث الكاشاني ره .

٤ ـ ﴿**ولو مات الحاكم**﴾ فان كان قبل الحكم وبعد الدخول فلاخلاف بينهم في ان لها مهر المثل ـ ولو مات ﴿**قبله**﴾ وقبل الدخول ﴿ف﴾ عن الشيخ في النهاية والقاضي وابن حمزة والصدوق في المقنع والمصنف في المقام وفي المختلف وفخر المحققين في الشرح والشهيدين في شرح الارشاد والنكت والمسالك ـ ان ـ ﴿**لها المتعة**﴾ بل قيل انه المشهور بين الاصحاب وعن الشيخ في الخلاف والحلي وابن جنيد عدم وجوب شيء لها لامتعة ولا غيرها : وعن المصنف ره في القواعد ان لها مهر المثل ـ اقول اما لزوم مهر المثل لو مات بعد الدخول فلما مر في مفوضة البضع وقد عرفت هناك انه غير مقيد بان لايتجاوز عن مهر السنة فكذا في المقام .

واما لو مات قبل الدخول فقد استدل لما هو المشهور بينهم بصحيح(١) محمد ابن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام في رجل تزوج امرأة على حكمها اوعلى حكمه فمات او ماتت قبل ان يدخل بها قال(ع) لها المتعة والميراث ولامهر لها ـ واورد عليه ـ تارة بان النشر على ترتيب اللف فيكون الحكم بالمتعة فيما اذا مات المحكوم عليه لاالحاكم ـ واخرى باختصاص الجواب فيه بموت الزوج اذ لو ماتت لم يكن لها ميراث ولا يتم المقايسة بايجاب المتعة لها والميراث له ـ واجيب عن الاول في جملة من الكتب كالرياض والجواهر وغيرهما ـ بانه لاجهة لثبوت المتعة بموت المحكوم عليه مع بقاء الحاكم فان المؤمنين عند شروطهم وانعقد النكاح على حكمه

---

(١) الوسائل ، باب ٢١ من ابواب المهور حديث ٢

فاذا كان باقيا كان له الحكم - وبانه نص في آخر الخبر بان له الحكم مع الطلاق القاطع لعلاقة الزوجية بخلاف الموت فثبوت الحكم له هنا ثابت بالاولوية فلابد من الحمل على موت الحاكم جمعا بين طرفيه وبينه وبين الاصول (ولكن) هذين الجوابين لايفيدان في رفع اجمال الخبر لو سلم كونه مجملا ولا في صرف ظهوره لو كان ظاهرا في ماافيد فان تخصيص القواعد بالخبر الخاص غير عزيز والاولوية ليست قطعية

فالحق في الجواب عن الايراد الاول ان يقال - اولا - ان الظاهر من الخبر كونه مطلقا برجوع كل من قوله فمات او ماتت الى كل من قوله على حكمه أو على حكمها فيكون المعنى رجل تزوج امرأة على حكمه فمات اوماتت اوعلى حكمها فمات او ماتت ويدل الخبر ح على ثبوت المتعة بموت كل من الحاكم والمحكوم عليه (غاية الامر يقيد اطلاقه بالصحيح الآخر فيما كان المحكوم عليه هو الذي مات كما سيأتي) والوجه فيما ذكرناه ظاهر لاحظ كل مورد ذكر قضيتان ثم فرع عليهما قضيتان اخريتان كقولنا ان جاء زيد او جاء عمرو فكل غذائك معه او اشترله من السوق غذاء - وهل يتوقف احد في ارجاع القضيتين اللاحقتين الى كل من الاولتين - وانما الالتزام باللف والنشر فيما اذا لم يمكن ارجاع القضيتين اللاحقتين الى كل من السابقتين - وثانيا انه لو اغمضنا عن ذلك وسلمنا انه لا بد وان يكون الخبر من قبل اللف والنشر المرتب او المشوش نقول ان الظاهر منه هو الثاني وانه يدل على ثبوت المتعة لو مات الحاكم لانه الاقرب والمحدث عنه المؤيد ذلك بما ذكره القوم في مقام الجواب عن هذا الوجه المتقدم ، ويرد الثاني عدم الفرق بين الموتين بالاجماع - وبما ذكرناه يظهر ضعف مااستدل به للقول الثاني من اشتراط المثل بالدخول والمتعة بالطلاق ولاشيء منهما هنا والاصل - وما استدل به للقول الاخير بانها لم يفوض بضعها بل سمى لها في العقد مهر مبهم فاستحقت المهر بالعقد ولما لم يتعين وجب الرجوع الى مهر المثل فان هذه الوجوه في مقابل النص اجتهاد في مقابله لايعتني بها .

٥ - ولو مات المحكوم عليه وكان الحاكم باقيا كان له الحكم ولا اثر لموت المحكوم عليه لاطلاق الدليل الدال على ثبوت الحكم له مع عدم اشتراط حضور المحكوم عليه - ولا يعارضه اطلاق صحيح محمد المتقدم اذ النسبة عموم من وجه

والترجيح مع هذا الدليل كما لايخفى ، واماصحيح الاحول الدال على عدم ثبوت الصداق لومات الرجل الذي تزوج امرأة بحكمها، فلعدم عمل الاصحاب به يتعين طرحه

٦ ـ قد ذكر الأصحاب انه لو طلقها قبل الدخول وقبل الحكم الزم من اليه الحكم ان يحكم وكان لها النصف مما حكم به ـ ولو كانت المرئة هي الحاكمة وحكمت بما يزيد على مهر السنة فالواجب هو نصف مهر السنة ـ ولو كان بعد الدخول فالواجب هو جميع مايحكم به الحاكم الا اذا كانت هي الحاكمة فحكمت بما يزيد على مهر السنة ـ ويشهد لهذه الاحكام ما دل عليها قبل الطلاق فان مقتضى اطلاقه ذلك كان قبل الطلاق او بعده – وأيضاً يشهدبه فيما اذا كانت هي الحاكمة ذيل صحيح محمدبن مسلم المتقدم وبضميمة عدم القول بالفصل بين ما اذا كانت هي الحاكمة اوهو الحاكم يثبت الحكم في الجميع ـ فان قيل ـ ان مقتضى اطلاق صحيح محمد هو وجوب جميع ماتحكم به اذا لم يتجاوز مهر السنة ـ قلنا ـ انه يقيد بما دل(١) على تنصيف المهر بالطلاق قبل الدخول ـ وان شئت قلت ان الصحيح يدل على تعين المهر بحكمها ـ ونصوص التنصيف تدل عليه في المهر المعين فلا تعارض بينهما ـ فان قيل انه يعارض صحيح محمد ما دل(٢) على وجوب مهر المثل بالدخول ـ قلنا ـ ان النسبة بينهما عموم من وجه والصحيح لكونه مشهورا بين الاصحاب يكون ارجح ـ فلا اشكال في شيء من الاحكام المذكورة، وعليه فان امتنع من اليه الحكم ان يحكم يلزمه الحاكم الشرعي بان يحكم مقدمة لايصال الحق الى صاحبه اذا طلب منه الآخر ذلك ولا يخفى وجهه.

حكم مالو تزوج امرئة على خادم أو دار

ثم انه بقي من احكام المهور امور لابد من بيانها ـ ونذكرها في مسائل ـ الاولى قد تقدم الكلام فى ما ذكرناه من اعتبار معلومية المهر ، وانه لو كان مجهولا بطل المهر ويثبت مهر المثل (و) لكن صرح جماعة منهم الشيخ فى المبسوط والخلاف والسيد ابن زهرة فى الغنية واتباع الشيخ وجمع من المتأخرين منهم المصنف وغيرهم

(١-٢) الوسائل ، باب ٥١ من ابواب المهور

بانه - ﴿لو تزوجها على خادم مطلقا﴾ ولم يعين ﴿اودار او بيت كان لها وسط ذلك﴾ وفي الجواهر انه المشهور - ومستنده خبر(١) علي بن ابى حمزة المعتبر سيما مع وجود ابن ابى عمير في سنده قلت لابى الحسن الرضا (ع) تزوج رجل امرأة على خادم قال فقال (ع) لي وسط من الخدم قلت على بيت قال وسط من البيوت وخبره(٢) الآخر قال سئلت اباابراهيم عن رجل زوج ابنه ابنة اخيه وامهرها بيتا وخادما ثم مات الرجل قال (ع) يؤخذ المهر من وسط المال قال قلت فالبيت والخادم قال وسط من البيوت والخادم وسط من الخدم الحديث ، والمرسل(٣) كالصحيح على الاشهر الصحيح عن ابى الحسن (ع) في رجل تزوج امرأة على دار قال (ع) لها دار وسط .

واورد جمع من المتأخرين منهم المحقق والشهيد الثانيان بعد نقل خبر علي ابن ابى حمزة الاول ومرسل ابن ابى عمير - بضعف السند لان راوى الاول على المذكور وهو رأس الواقفية - والثاني مرسل - وبقصور الدلالة لان الوسط من هذه الاشياء لاينضبط بل هو مختلف اختلافا شديدا خصوصاً مع عدم تعيين بلد الدار والبيت -ولكن يرد الاول بان الراوي في الخبر الاول والمرسل في المرسل بما انه ابن ابى عمير وهو لايرسل الاعن ثقة ولا يروي الا عن من يعتمد عليه فهما معتبران-اضف اليه ان عليا المذكور يعتمد على نقله وروايته - ومن الغريب ان الشهيد الثاني مع اعترافه بان مرسل ابن ابى عمير قبله الاصحاب اعتمادا منهم على انه لايرسل الاعن الثقة قال فان تم ما قالوه فهو يتسامح في الرواية مع ذكر المروى عنه لا مع تركه -وهذا كما ترى-اضف الى ذلك كله اعتماد قدماء الاصحاب على هذه النصوص فان كان فيها ضعف فهو ينجبر بالعمل - ويرد الثاني انه مع توافقهما على شيء من تلكم الامور فلا كلام والا فيعين القيمة ويتصالحان - (وبالجملة)-فلا وجه للترديد في الحكم بعد وجود الروايات المعتبرة المعمول بها بين الاصحاب - ولكن يقتصر على مورد النصوص وفي غيره يرجع الى مايقتضيه القاعدة وقد مر .

(١-٢-٣) الوسائل ، باب ٥٢ من ابواب المهور حديث ٢-١-٣

حكم ما لو تزوج امرئة على السنة

الثانية ﴿ولو قال﴾ اتزوجك ﴿على السنة﴾ مكتفيا به ولم يسم مهرا ﴿فـ﴾ المشهور بين الاصحاب من غير خلاف يعرف ان مهرها ﴿خمسمائة درهم﴾ بل عن ظاهر الروضة الاجماع عليه، ويشهد به خبر (١) اسامة بن حفص المعتبر بوجود المجمع على تصحيح مايصح عنه في سنده - وكان قيماً لابى الحسن موسى (ع) قال قلت له رجل يتزوج امرأة ولم يسم لها مهرا وكان في الكلام اتزوجك على كتاب الله وسنة نبيه فمات عنها او اراد ان يدخل بها فمالها من المهر قال مهر السنة قال قلت يقولون لها مهور نسائها فقال مهر السنة وكلما قلت له شيئاً قال مهر السنة (واورد عليه) الشهيد الثاني في محكى المسالك بعد موافقته مع الاصحاب في الروضة على ماحكى بان سنده ضعيف - وبان تزويجها على الكتاب والسنه اعم من جعل المهر مهر السنة اذ كل نكاح مندوب اليه بل جائز فهو على كتاب الله وسنة نبيه - وبانه على تقدير ارادتها بذلك كون المهر مهر السنة ففي الاكتفاء بذلك عن ذكر القدر في العقد نظر كما لو قال تزوجتك على المهر الذي تزوج به فلان (ولكن يرد) الاول مضافا الى ماتقدم من وجود المجمع على تصحيح مايصح عنه في السند وهو عثمان بن عيسى ان الاصحاب اعتمدوا عليه حتى نقل هو الاجماع على الحكم فلو كان هناك ضعف ينجبر بالعمل - ويرد الثاني ان الظاهر من العبارة المذكورة ارادة ما اباحه الله في الكتاب والسنة من المهر وجرى عليه - ويرد الثالث انه مع وجود النص المعمول به لاوجه للمناقشة بما ذكروهل هو الا اجتهاد في مقابل النص - مضافا الى ما مر من عدم الدليل على اعتبار معلومية المهر سوى الاجماع والمتيقن منه غير المقام (ثم ان) مقتضى القاعدة واطلاق النص عدم الفرق بين علمهما بمقدار مهر السنة وجهلهما او احدهما به - وايضاً مقتضى القاعدة وظاهر النص ثبوت المهر بالعقد كالمعين بالذكر فيه لابالدخول كمهر السنة الثابت به للمفوضة على بعض الوجوه .

---

(١) الوسائل ، باب ١٣ من ابواب المهور حديث ١ .

حكم ما لو تزوج الذميان على خمر

الثالثة ﴿ **ولو تزوج الذميان** ﴾ او غيرهما من أصناف الكفار ﴿ **على خمر** ﴾ أو خنزير أو نحوهما مما لامالية له ولا يصح جعله مهرا من المسلم ﴿ **صح** ﴾ العقد والمهر ـ لا لعدم كون الكفار مكلفين بالاحكام الوضعية فانه ممنوع ـ ولا لقاعدة الالزام(١) فانهافيماعليهم لافيمالهم ـ بل لما دل(٢) على انه لكل قوم نكاح ـ ومادل(٣) على صحة النكاح لواسلم الكافر وماشابه ذلك من الادلة ومنها نصوص المقام الاتية ـ وكيف كان ﴿ **فان** ﴾ اسلما أو اسلم احدهما بعد القبض فلا كلام .

انما الكلام فيما لو ﴿ **اسلم احدهما** ﴾ أو اسلما ﴿ **قبل القبض ف** ﴾ ان فيه قولين ـ احدهما ـ ان ﴿ **لها القيمة** ﴾ عند مستحليه وهو المشهور بين الاصحاب ـ ثانيهما ـ ان لها مهر المثل .

واستدل للاول بانه بعد الاسلام يحرم اقباض الخمر او قبضها او هما معا اذ لو اسلم الزوج يحرم عليه الاقباض ولو اسلمت الزوجة يحرم عليها القبض وان اسلما يحرم كلا الامرين فيتعذر تسليمها اذ المتعذر الشرعي كالمتعذر العقلي فهو بمنزلة التلف فيرجع الى القيمة ، وبخبر(٤) عبيد بن زرارة قال قلت لابى عبدالله(ع) النصراني يتزوج النصرانية على ثلثين دنا خمراً وثلثين خنزيرا ثم اسلما بعد ذلك ولم يكن دخل بها قال (ع) ينظر كم قيمة الخنازير وكم قيمة الخمر ويرسل به اليها ثم يدخل عليها وهما على نكاحهما الاول .

ولكن يرد على الاول ان غاية مايلزم من الاسلام سقوط المالية عنها بالنسبة اليهما لاحرمة الاقباض او القبض وعليه فلو لم تسلم المرئة تكون للخمر مالية بالنسبة اليها فلاوجه للانتقال الى القيمة ـ مع انه لو اسلما وسقطت عن المالية لاوجه لضمان

---

(١) الوسائل ، باب ٣٩١ من ابواب ميراث المجوس .
(٢) الوسائل ، باب ٨٣ من ابواب نكاح العبيد والاماء ، وباب من ابواب حد القذف وباب ١ ـ ٢ من ابواب ميراث المجوس ، وباب ١٣ من ابواب جهاد النفس .
(٣) الوسائل ، باب ٩٥ من ابواب ما يحرم بالكفر .
(٤) الوسائل ، باب ٣ من ابواب المهور حديث ٢ .

القيمة لما حقق في محله من انه اذا نقصت العين المضمونةمن حيث القيمة السوقية من دون ان ينقص منها ومن صفاتها شيء او سقطت عن المالية لاوجه للضمان فان منشأه اما اليد او الاتلاف او الاقدام ولا شيء منها في المقام وعليه فمقتضى القاعدة عدم الانتقال الى القيمة ـ ويرد على الثاني ضعف سنده ـ اولا ـ لانه في السند القاسم بن محمد الجوهري وهو ضعيف او مجهول ـ وثانيا ـ يعارضه خبر(١) طلحة بن زيد عن الصادق (ع) قال سئلته عن رجلين من اهل الذمة او من اهل الحرب تزوج كل واحد منهما امرأة ومهرها خمرا وخنازير ثم اسلما قال(ع) ذلك النكاح جائز حلال لايحرم من قبل الخمر والخنازير وقال (ع) اذا اسلما حرم عليه ان يدفع اليها شيئا من ذلك ولكن يعطيها صداقا ـ وحمل الثاني على القيمة كحمل الاول على ارادة مهر المثل ـ بعيد غايته فلا يمكن الجمع العرفي بينهما ـ اللهم الا ان يقال ان ضعف السند ينجبر بالعمل وهو يكون ح ارجح من معارضه للشهرة ـ فما افاده المشهور هو الصحيح ومعه لايصغى الى ماقيل من ان تعذر تسليم المهر بمنزلة الفساد فينتقل الى مهر المثل ـ مع انه فاسد في نفسه لان المفروض ان المسمى وقع صحيحا واستحقته عليه وانما تعذر تسليمه بعد فلو كان شيء فهو الانتقال الى القيمة ـ واما خبر طلحة فقد عرفت انه يطرح ـ ثم ان مقتضى اطلاق النص عدم الفرق بين كون المهر المسمى الفاسد جزئيا خارجيا كهذه الخمرة او كليا في الذمة .

في جعل المسلم المهر خمرا

الرابعة ﴿ولو﴾ ﴿تزوج المسلم عليه﴾ كانت الزوجة مسلمة او غيرها ـ ﴿قيل يصح﴾ العقد والقائل هو الشيخ في المبسوط والخلاف وابن حمزة والسيد ابن زهره والحلي والمحقق وفي الحدائق والظاهر انه المشهور بين المتأخرين وفي الجواهر انه المشهور ـ ثم انه اختلف القائلون بالصحة فيما يجب عليه على اقوال

(١) الوسائل ، باب ٣ من ابواب المهور حديث ١ .

-١- ماعن الشيخ في الخلاف والحلي والمصنف في جملة من كتبه ﴿و﴾ هو انه ﴿**يثبت على الدخول مهر المثل**﴾ -٢- انه يجب مهر المثل بالعقد -٣- ان الواجب قيمته عند مستحليه نقل عن الشيخ في موضع من المبسوط -٤- الفرق بين كون المهر الذي لايملكه المسلم متقوما في الجملة كالخمر والخنزير فيعتبر قيمته وغير متقوم كالحر فيعتبر مهر المثل كما عن بعض الاصحاب ﴿**وقيل**﴾ والقائل جماعة منهم الشيخان في المقنعة والنهاية والقاضي والتقي على ماحكى ﴿**يبطل العقد**﴾ فالكلام في موضعين .

الاول في انه هل يصح العقد ام لا (وقد استدل) للبطلان بان الرضا شرط في صحة العقد وهو انما وقع على جعل الخمر في مقابل البضع مع انه باطل فما وقع عليه الرضا غير صحيح وما هو صحيح لم يقع عليه التراضي - وبقول(١) الباقر (ع) الصداق ماتراضيا عليه قل او كثر ويلزمه بطريق عكس النقيض ان مالم يتراضيا عليه لم يكن مهرا المقتضى عدم غير المذكور في العقد مهراً فينافي ما دل على عدم اخلاء البضع عن المهر فليس ح الا البطلان - وبان النكاح حيث يذكر فيه المهر عقد معاوضة ضرورة اتحاده مع عقود المعاوضة في العقد ودخول الباء ونحو ذلك ولذا اطلق عليه الاجر في قوله تعالى(٢) «وآتوهن اجورهن» فينبغي ان يعتبر فيه مايعتبر فيها من توقف الصحة على صحة العوض كالبيع ونحوه وصحته بلامهر لاتنافي جريان حكم المعاوضة عليه مع ذكر المهر (ولكن يرد) الاول ان المهر من قبيل الشرط في عقد النكاح وحقيقة النكاح ايجاد الزوجية بين الزوجين والرضا بها لايكون مقيدا بما جعل مهرا غايته كون المهر داعيا على الرضا بالزوجية - ولذا لاخلاف ولاكلام في انه لو ظهر المهر مستحقا لايقع العقد باطلا فلو كان الرضا بها وايجادها معلقا على المهر لزم بطلان النكاح وان شئت قلت ان ايجاد العلقة الزوجية غير معلق على المهر والرضا بها المعتبر في صحة النكاح لا دليل عليه ازيد من ما هو موجود في المقام - ويرد الثاني ان غاية

---

(١) الوسائل ، باب ١ من ابواب المهور حديث ٩

(٢) النساء آية ٢٥

مايستفاد من عكس النقيض ان مالم يتراضيا عليه لايكون صداقا وهذا لايستلزم بطلان العقد وبعبارة اخرى انه يدل على ان المهر المذكور في العقد ذلك لا مطلق المهر كيف والمهر الواجب مع عدم ذكره في العقد لم يتراضيا عليه مع انه لو قيل بالاعم كان مقتضاه كفاية الرضا اللاحق بالمهر الذي يعين بعد العقد ، ويرد الثالث ان النكاح بالنسبة الى المهر ليس من قبيل المعاوضة وان ذكر المهر بل المهر ح من قبيل مايشترط في ضمن عقد البيع فكما ان فساد الشرط هناك لا يوجب فساد البيع فكك فساد المهر في المقام لايوجب فساد النكاح فالاظهر هو الصحة - ويؤيده النصوص الاتية الدالة على انه لو اشترط في العقد مايخالف المشروع بطل الشرط وصح العقد معللا بان شرط الله قبل شرطكم - بل هي تدل على الصحة في المقام اما لكون ذكر المهر من قبيل الشرط او لعموم العلة او لتنقيح المناط - فلا ينبغي الاشكال في الصحة.

الموضع الثاني فيما يجب على تقدير القول بالصحة ، وقد يقال ان الواجب هو مهر المثل مطلقا (واستدل) له المصنف ره في محكى القواعد بانه شرط عوضا لم يسلم لها فينتقل الى مهر المثل (وفيه) ان مهر المثل انما ثبت كونه عوضا للوطء لانه يكون بدلا عن المهر الفاسد (واستدل) على ان الواجب قيمته عند مستحليه - بان قيمة الشيء اقرب اليه عند تعذره - وبانهما عقدا على شخص باعتبار ماليته فمع تعذر الشخص يجب المصير الى المال (ويرد) الاول ان الانتقال الى القيمة فرع استحقاق ذي القيمة - ويرد الثاني ان الخمر لامالية لها كي تعتبر - وبذلك يظهر ضعف القول بالقيمة اذا كان المهر الذي لايملكه المسلم متقوما في الجملة (واما) الاستدلال لوجوب القيمة بقوله تعالى(١) «ولا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن اوتفرضوا لهن فريضة» بتقريب ان المراد من الجناح المنفى المهر - فمفهوم الآية ح ثبوت المهر وكونه مضمونا عليه بالمس - او فرض فريضة - واطلاقها شامل لما اذا كان فرض فريضة فاسدة فتدل الآية على ثبوت المهر وكونه مضمونا عليه في المقام فيجب عليه دفع قيمته عند تعذر دفع نفسه (ففاسد) فان الآية تدل على ثبوت المهر الذي فرض والمفروض في المقام عدم ثبوته لعدم قابليته للملكية -

---

(١) البقرة آية ٢٣٦ .

فلا يكون ثابتا ومضمونا عليه ـ وان شئت قلت ان ذكر المهر الفاسد كالعدم فالمقام داخل في منطوق الاية الدال على انه لا يجب شيء بدون الدخول ، فالمتحصل مما ذكرناه ان الاظهر هو ثبوت مهر المثل بالدخول لما دل على ثبوته به مطلقا وان الاستحلال من الفرج سبب لاستحقاق المهر هذا كله اذا جعل نفس الخمر مهرا .

ولو جعل مهرا استحقاقه لهاي الحق المتعلق بها لان له ان يخللها ـ وبعبارة اخرى حق الاولوية فهل يصح مهرا املا ـ اقول لااشكال في ثبوت حق الاولويةفي امثال هذا المقام (لا) لما افاده المحقق النائيني ره من ان الحق ليس امراً مغايرا للملك بل هو من شئونه ومراتبه الضعيفة المندكة تحت القوى لانه عبارة عن اضافة خاصةبين المستحق والمستحق عليه وهي حاصلة للمالك ومحفوظة في جميع الحالات المتواردة على الملك فمن يجعل العنب خمرا مثلا يكون الزائل بثبوت الخمرية الملك واما الحق فهو باق (فانه) يرد عليه ان الملكية والحقية من الاعتبارات الشرعية والعرفية لامن المقولات والاعتبار لااشتداد فيه ولا حركة وكل من الملك والحق اعتبارى غير الاخر (ولا) لما افاده بعض من كون حق الاولوية من آثار الملك فمع زوالهغاية الامر يشك في ارتفاعه فيستصحب بقائه (فانه) يردعليه ان ماهو من آثار الملك انماهو الحكم التكليفي من قبيل جواز التصرف فيه ونحوه وهو غير حق الاولوية مع ان لازم كونه اثرا له ارتفاعه بارتفاعه ـ وبالجملة حق الاولوية الذي هو اعتبار خاص ليس من آثار الملك ، (ولا) لما افاده بعض آخر وهو انه قد دل الدليل على ان المالك احق بماله فيستفاد من ذلك كون حق الاولوية من مقارنات الملك ـ ولو شك في زواله بارتفاع الملك يستصحب ذلك (فانه) يرده ان مايدل عليه الدليل المزبور انما هو اولوية المالك بالتصرف في ماله من غيره وهذا غير ثبوت حق الاولوية (ولا) للاجماع ـ لعدم كونه تعبديا ولعل مستند المجمعين ماتقدم (بل) لثبوته بالسيرة العقلائية وبناء العقلاء على ذلك والظاهر انه لاريب في بنائهم عليه وحيث لم يردع الشارع الاقدس عنه فيستكشف امضائه لذلك وعلى هذا فحيث قد تقدم انه يجوز جعل الحق مهراً فلا مانع من جعل حق الاولوية في الخمر مهرا ـ ولا نص في عدم جوازه فالاظهر هو الجواز .

حكم اشتراط مايخالف المشروع فى العقد

الخامسة ﴿ولو شرط فى عقد﴾ النكاح مايخالف المشروع كان يشترط فعل ﴿المحرم بطل الشرط﴾ اتفاقا ويشهد به النصوص الكثيرة الواردة في الابواب المتفرقة الدالة على فساد الشرط المخالف للكتاب والسنة - واليك جملة منها لاحظ صحيح(١) ابن سنان عن ابى عبد الله(ع) قال سمعته يقول من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز له ولا يجوز على الذي اشترط عليه والمسلمون عند شروطهم بما وافق كتاب الله عز وجل - وخبره(٢) الاخر عنه (ع) المسلمون عند شروطهم الاكل شرط خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز - والعلوي(٣) المروي موثقا من شرط لامرئته شرطا فليف لها به فان المسلمين عند شروطهم الاشرطا حرم حلالا او احل حراما - وصحيح(٤) الحلبي عن الصادق (ع) في حديث وان كان شرطا يخالف كتاب الله عز وجل فهو رد الى كتاب الله عز وجل ونحوها غيرها - وتفصيل القول في هذا المقام وتمييز الشرط المخالف للكتاب والسنة عن غير المخالف لهما موكول الى محله وقد اشبعنا الكلام في ذلك في الجزء الرابع عشر من هذا الشرح

ويشهد له في خصوص المقام - صحيح(٥) محمد بن قيس عن الباقر(ع) انه قضى في رجل تزوج امرأة واصدقته هي واشترطت عليه ان بيدها الجماع والطلاق قال (ع) خالفت السنة ووليت حقا ليست باهله فقضي ان عليه الصداق وبيده الجماع والطلاق وذلك السنة وبمعناه مرسل(٦) ابن بكير - ونحوهما جملة من النصوص الاتية في ضمن الفروع اللاحقة - فلا اشكال في بطلان الشرط - كما لاينبغي الاشكال في ان الباطل هو الشرط ﴿خاصة﴾ دون العقد كما هو المتفق عليه وكذا المهر كما هو المشهور بين الاصحاب لما حقق في محله من ان الشرط الفاسد لايفسد ولصحيح محمد بن قيس وغيره - وهذا كله مما لاكلام فيه .

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار من كتاب التجارة حديث ١-٢-٥-٤
(٥-٦) الوسائل ، باب ٢٩ من ابواب المهور

حكم اشتراط ان لايخرج الزوجة من بلدها

﴿و﴾ انما الكلام في المقام وقع في فروع ـ احدها ـ انه ﴿**لو اشترط ان لايخرجها من بلدها**﴾ ففي المتن وعن النهاية والمهذب والوسيلة والجامع والنافع وغيرها ﴿**لزم**﴾ الشرط ، وعن الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والمحقق في شرح القواعد بطلان الشرط وصحة العقد ـ وظاهر الشرايع ومحكي القواعد التوقف في المسألة ـ والاول اظهر لانه شرط جائز ليس بمخالف للكتاب والسنة لعدم وجوب الاخراج وعدم حرمة عدمه فيشمله عموم مادل على صحة الشرط ولزومه ولصحيح(١) ابى العباس عن الصادق (ع) في الرجل يتزوج المرئة ويشترط ان لايخرجها من بلدها قال (ع) يفي لها بذلك او قال يلزمه ذلك ، وصحيح(٢) ابن ابى عمير قال قلت لجميل بن دراج رجل تزوج امرأة وشرط لها المقام في بلدها أو بلد معلوم فقال قد روى اصحابنا عنهم (ع) ان ذلك لها وانه لايخرجها اذا شرط لها ، (واستدل) القائلون ببطلان الشرط بانه شرط مخالف المشرع من حيث وجوب اطاعة الزوج وكون مسكن الزوجة ومنزلها باختياره (ويرد عليه) ان المشروط ليس هو عدم وجوب اطاعة الزوج ولا كون اختيار المنزل بيدها بل هو ان لايخرجها الزوج من بلدها وهو فعل الزوج ويكون مباحا (نعم) لو شرط ان لايجب عليها اطاعة الزوج في ذلك كان ذلك خلاف المشروع والنصوص السابقة لا تشمله .

ولعله بذلك يمكن رفع الخلاف بين الاصحاب بحمل قول من افتى بلزوم الشرط على مالو كان الشرط عدم اخراجها وحمل من افتى ببطلان الشرط على مالو شرط كون اختيار المسكن بيدها وان لايجب عليها اطاعة الزوج في ذلك .

ثم انه لو عصى الزوج واراد مخالفة هذا الحكم واخراجها هل يجب عليها الخروج لوجوب اطاعة الزوج ـ ام لا وجهان اقربهما الثاني لانه بالشرط حصل لها حق في ان لايخرجها ـ فلا يجب اطاعة الزوج في ذلك .

(١ـ٢) الوسائل ، باب ٤٠ من ابواب المهور حديث ١ـ٣ .

ولو رضيت بالخروج جاز الاخراج وسقط حقها ـ ودعوى ـ ان الذي يعقل سقوطه بالاسقاط هو الحق الثابت واستحقاق السكنى يتجدد بتجدد الزمان فلا يسقط بالاسقاط كالنفقة ـ مندفعة ـ بان حق السكنى انما هو من ناحية الشرط ويثبت بثبوت حق الشرط ـ فاذا اسقطته سقط فلا وجه لتوقف سيد المدارك في السقوط لما ذكر.

ثم ان القائلين بصحة الشرط اختلفوا فيما لو شرط مهرا كمائة دينار مثلا ان اخرجها الى بلاده واقل منه كخمسين مثلا ان لم تخرج معه فذهب جمع منهم كالشيخ والمصنف في اكثر كتبه والمحقق في النافع وغيرهم الى بطلان الشرط ولزوم المهر الزائد ان اخراجها الى بلاد الشرك وصحة الشرط ولزومه ان اخرجها الى بلاد الاسلام.

والمستند في ذلك حسن(١) علي بن رئاب بل صحيحه عن الكاظم (ع) قال سئل وانا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على ان تخرج معه الى بلاده فان لم تخرج معه فان مهرها خمسون ديناراً ان ابت ان تخرج معه الى بلاده قال فقال (ع) ان اراد ان يخرج بها الى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك ولها مائة دينار التي اصدقها اياها وان اراد ان يخرج بها الى بلاد المسلمين ودار الاسلام فله ما اشترط عليها والمسلمون عند شروطهم وليس له ان يخرج بها الى بلاده حتى تؤدى اليها صداقا او ترضى منه من ذلك بما رضيت وهو جائز له .

واورد عليه بمخالفته للاصول للجهل بالمهر حيث جعله مائة على تقدير وخمسين على تقدير آخر ـ وللحكم بان لها الزائد ان اراد اخراجها الى بلاد الشرك من غير خروج اليها مع انه خلاف الشرط ـ وللحكم بانه لا يخرجها الى بلاد الاسلام الا بعد ان يوفي لها مهرها الا زيد واطلاقه يشمل مالو كان ذلك بعد الدخول وكانت غير مطالبة بالمهر مع انه لا يجوز الامتناع بعد الدخول كما تقدم ولا يجب عليه اعطاء المهر الا ان تطلبه ـ وللزوم اطاعة الزوج والخروج معه الى حيث شاء .

وفيه اولا ـ ان تخصيص القواعد والاصول بالنص الخاص غير عزيز في الفقه بل لو منع من ذلك لزم تاسيس فقه جديد كيف وقد حقق في محله ان عموم الكتاب يخصص بالخبر الواحد لشرائط الحجية، وثانيا ـ انه يمكن منع مخالفته للاصول ـ

---

(١) الوسائل ، باب ٤٠ من ابواب المهور ، حديث ٢ .

لما عرفت من عدم الدليل على اعتبار معلومية المهر من كل جهةوعدم مضرية الجهل الذي يؤول الى العلم ـ واما الحكم بان لها الزايد ان اراد اخراجها الى بلادالشرك من غير خروج اليها فيمكن ان يكون من جهة صرف الاخراج المشترط الى الجائز منه لئلا يخالف المشروع واما الحكم بلزوم تسليمه جميع المائة لو اراد خروجها الى بلده فيمكن ان يكون مقيداً بصورة عدم الدخول قبله للادلة الاخر ويكون ذلك في صورة المطالبة كما يشير اليه قوله اوترضى بما رضيت لشموله للرضا بالتاخير ـ ويمكن ان يكون التقديم مراداً من الشرط بمعنى انه اشترط على نفسه تعجيل ذلك اليها ان اراد اخراجها الي بلاده واطاعة الزوج انما تجب فيما ليس معصية الله تعالى والخروج الى بلاد الشرك غير جائز لها ، فتحصل ان تردد المحقق في الشرايع فيه او رده كما ارتضاه جماعة في غير محله ـ فما افاده المشهور اظهر .

حكم اشتراط عدم الافتضاض

ثانيها اذا اشترط ان لايفتضها اي لايدخل بها ففيه اقوال ـ ١ ـ ما عن الشيخ في النهاية والمحقق في الشرايع والشهيد الثاني في المسالك وهو لزوم الشرط وصحة العقد في الدائم والمنقطع ـ ٢ ـ ماعن الشيخ في المبسوط والمصنف في المختلف وفخر المحققين في الشرح والمحقق في شرح القواعد والسيد في شرح النافع وهو بطلان الشرط والعقد معافى الدائم وصحتهمافي المنقطع ـ ٣ ـ ماعن الحلي وجماعة وهو فساد الشرط في الدائم والمنقطع وصحة العقد فيهما ، فالكلام في موردين الاول في صحة الشرط ـ الثاني في صحة العقد .

اما الاول ـ فمقتضى القاعدة صحة الشرط لان الافتضاض عمل جائز فعله وتركه للزوج فاشتراط عدمه ليس شرطاً مخالفاً للكتاب والسنة فيشمله عموم ادلته ، وما افاده المصنف في المختلف على ماحكى من انه شرط مخالف لمقتضى العقد ووجهه بعضهم بان المقصود الاصلي من النكاح الدائم هو التناسل والتوالد وهو متوقف على

الدخول فاشتراط عدم الدخول مناف لمقتضى العقد - يرد عليه اولا ان المقصود الاصلي في النكاح الدائم وان كان غالبا هو التناسل لكنه ليس بمقصود منه دائما - وثانيا ان الشرط المخالف لمقتضى العقد هو الشرط الذي يكون منافيا لما ينشأ بالعقد وحقيقة العقد متوقفة عليه كما لو اشترط البيع بلا ثمن والمقام ليس كذلك فان مقتضى العقد هو الزوجية وهي تنشأ وتوجد واشتراط عدم الدخول غير مناف لذلك ، وما عن الحلي من اشتراط عدم الوطء مخالف لتصريح الكتاب والسنة بان له الوطء ان شاء فيكون اشتراطه خلاف المشروع ، يرد عليه ان الشرط ان كان هو عدم ثبوت حق الوطء له شرعا تم ما افيد واما ان كان الشرط هو عدم الوطء خارجا فلا يكون مخالفا له فان ترك المباح أو المستحب لا يكون شرطه مخالفا للمشروع والا لزم عدم صحة اشتراط شيء سوى فعل الواجب .

وبما ذكرناه يظهر النظر فيما افاده المحقق اليزدي ره في وجه بطلان الشرط في الدائم من ان صحيح(١) محمد بن قيس عن الباقر (ع) قضى علي (ع) في رجل تزوج امرأة واصدقته هي واشترطت عليه ان بيدها الجماع والطلاق قال(ع) خالفت السنة وولت حقا ليست باهله - يدل على ذلك وان الجمع بينه وبين ما ياتي من النصوص الدالة على جواز ذلك يقتضي حمل تلك النصوص على المنقطع وحمل هذا على الدائم ، فان الشرط في الصحيح هو ثبوت الحق للمرئة وان يكون بيدها الجماع وهذا شرط مخالف للمشروع قطعاً ومحل الكلام اشتراط عدم الفعل - فالاظهر صحة الشرط على القاعدة ، وكذا العقد اذ بعد فرض صحة الشرط لا وجه لبطلان العقد بل الأظهر هو صحة العقد وان كان الشرط باطلا ، لما تقدم في المسائل السابقة من ان الشرط الفاسد لا يفسد العقد سيما في باب النكاح فراجع .

ويشهد لصحة الشرط والعقد مضافا الى ذلك جملة من النصوص كخبر(٢) سماعة عن ابي عبد الله (ع) قال قلت له جاء رجل الى امرأة فسئلها ان تزوجه نفسها فقالت ازوجك نفسي على ان تلتمس مني ما شئت من نظر والتماس وتنال مني ماينال

(١) الوسائل ، باب ٢٩ من ابواب المهور حديث ١
(٢) الوسائل ، باب ٣٦ من ابواب المهور حديث ١

الرجل من اهله الا انك لاتدخل فرجك في فرجي وتلذذ بما شئت فاني اخاف الفضيحة قال (ع) ليس له منها الا ما اشترط ، وخبر (١) اسحاق بن عمار عنه (ع) قال قلت له رجل تزوج بجارية عاتق على ان لايفتضها ثم اذنت له بعد ذلك قال (ع) اذا اذنت له فلا باس ، فان مقتضى اطلاق منطوق الاول ومفهوم الثاني لزوم هذا الشرط في النكاح مطلقا دائماً كان او منقطعا - ودعوى - انه يجب تقييد اطلاقهما بما دل على اختصاص ذلك بالمنقطع كخبر (٢) عمار بن مروان عن الصادق (ع) في رجل جاء الى امرأة فسئلها ان تزوجه نفسها متعة فقالت ازوجك نفسي الى آخر ما في خبر سماعة المتقدم - مندفعة - بانهما من قبيل المثبتين لاتنافي بينهما فلا وجه لحمل المطلق على المقيد .

وما افاده المحقق اليزدي من انه يعارض هذه النصوص صحيح ابن قيس المتقدم الدال على عدم صحة هذا الشرط والجمع بين الطائفتين يقتضى حمل الصحيح على النكاح الدائم وتلك النصوص على النكاح المنقطع - يرد عليه ان مورد هذه النصوص اشتراط عدم الدخول بها ومورد الصحيح اشتراط ان بيدها الجماع - وقد عرفت ان الشرط في مورد نصوص الباب صحيح على القاعدة وفي مورد الصحيح باطل فلا تعارض بين النصوص ، فالمتحصل مما ذكرناه صحة شرط عدم الافتضاض ولزومه وصحة العقد في المنقطع والدائم ، فلو اذنت في الافتضاض جاز الدخول بها لانه اسقاط لحقه - وقد صرح بالجواز في خبر اسحاق المتقدم .

اشتراط عدم التزويج عليها

ثالثها اذا اشترط ان لايتزوج عليها - ففيه قولان - صحة الشرط وبطلانه - ومنشأهما اختلاف النصوص .

---

(١) الوسائل ، باب ٣٦ من ابواب المهور حديث ٢ .

(٢) الوسائل ، باب ٣٦ من ابواب المتعة حديث ١ .

فان منهامايدل على لزوم هذا الشرط، كموثق(١) منصور بن بزرج عن العبد الصالح (ع) قال قلت له ان رجلا من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فاراد ان يراجعها فابت عليه الا ان يجعل لله عليه ان لايطلقها ولايتزوج عليها فاعطاها ذلك ثم بداله في التزويج بعد ذلك فكيف يصنع فقال (ع) بئس ما صنع وما كان يدريه مايقع في قلبه بالليل والنهار قل له فليف للمرئة بشرطها فان رسول الله (ص) قال المؤمنون عند شروطهم - وصدر الخبر وان كان يحتمل ارادة النذر او العهد منه ولكن ذيله قرينة على ارادة الشرط - واظهر من ذلك في ارادة الشرط رواية الخبر في الكافي وفيه قالت المرئة لاتزوجك ابدا الاان تجعل لي عليك ان لاتطلقني ولا تتزوج علي الى آخر الخبر - فما عن الشيخ في التهذيب من حمل الخبر على النذر غير تام.

ومنها ماتوهم دلالته على فساد الشرط - كصحيح(٢) محمد بن قيس عن الباقر (ع) في رجل تزوج امرأة وشرط لها ان هو تزوج عليها امرأة او هجرها أو اتخذ عليها سرية فهي طالق فقضى (ع) في ذلك ان شرط الله قبل شرطكم فان شاء وفي لها بما اشترط وان شاء امسكها واتخذ عليها ونكح عليها، وخبر(٣) محمد بن مسلم عن ابى جعفر (ع) قال قضى امير المؤمنين (ع) في امرأة تزوجها رجل وشرط عليها وعلى اهلها ان تزوج عليها امرأة او هجرها او اتى عليها سرية فانها طالق فقال شرط الله قبل شرطكم ان شاء وفى بشرطه وان شاء امسك امرأته ونكح عليها وتسرى عليها وهجرها ان اتت بسبيل ذلك قال الله تعالى في كتابه فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع وقال احل لكم ما ملكت ايمانكم قال واللاتي تخافون نشوزهن وخبر (٤) حمادة اخت ابى عبيدة الحذاء قالت سئلت ابا عبدالله (ع) عن رجل تزوج امرأة وشرط لها ان لايتزوج عليها ورضيت انذلك مهرها قالت فقال ابو عبد الله (ع)

---

(١) الوسائل، باب ٢٠ من ابواب المهور حديث ٤
(٢) الوسائل باب ٣٨ من ابواب المهور حديث ١
(٣-٤) الوسائل باب ٢٠ من ابواب المهور حديث ٦-١.

هذا شرط فاسد لا يكون النكاح الا على درهم أو درهمين .

ولكن الحق عدم ارتباط الطائفة الثانية بالمسألة المتنازع فيها ـ فان الاخير منها في مالو جعل هذا الشرط مهراً لها ولذا قال(ع) لايكون النكاح الاعلى درهم او درهمين ـ والشرط فى الاولين ليس هو عدم التزويج وعدم الهجر والتسرية ـ بل الظاهر منهما كون الشرط خصوص الجزاء وهو صيرورتها طالقا ان تزوج عليها او تسرى عليها او هجرها ولا اقل من كونه مجموع الشرط والجزاء لا خصوص الشرط ، وهذا واضح ـ ولا ينافيه مافي ذيلها ـ فان شاء وفى لها ـ فان المراد به ان شاء طلقها ـ كما يشهد به قوله بعدذلك وان شاء امسكها فانه قرينة على ارادة التطليق من قوله ان شاء وفى لها ـ وعلى ذلك فلا معارض للخبر الدال على الجواز مضافاً الى كونه شرطا سائغا لانه يشترط ترك المباح وهذا جائز بالضرورة ـ نعم لو اشترط ان لا يكون له حق في التزويج كان ذلك مخالفا للكتاب والسنة كما لايخفى ـ وبماذكرناه يظهر مافي كلمات القوم في المقام ـ كما يظهر حكم مالو اشترط عليها ان لايطلقها ـ ولكن ان تزوج عليها او طلقها صح ذلك وان اثم اذ غاية ما يثبت بالشرط عدم جواز ذلك والحرمة اعم من الفساد .

اشتراط تسليم المهر فى اجل

رابعها ـ ما لو اشترط تسليم المهر في اجل فان لم يسلمه كان العقد باطلا ـ فالمشهور بين الاصحاب صحة العقد والمهر وبطلان الشرط ـ والاصل في ذلك صحيح(١) محمد بن قيس عن ابى جعفر (ع) في رجل يتزوج المرئة الى اجل مسمى فان جاء بصداقها الى اجل مسمى فهي امرأته وان لم يات بصداقها الى الاجل فليس له عليها سبيل وذلك شرطهم بينهم حين انكحوه فقضى (ع) للرجل ان بيده بضع امرأته واحبط شرطهم ـ ومقتضى القاعدة وان كان بطلان العقد من جهة عدم كونه انشاء للزوجية الدائمة بل للزوجية الى امدان لم يات بالصداق ولا للنكاح

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب المهور حديث ٢ .

المنقطع لعدم تعيين الأجل ولكن دل النص الخاص على صحة العقد والمهر وبطلان الشرط وعمل به الاصحاب .

خامسها جعل خيار الشرط للزوج وقد تقدم الكلام فيه مفصلا وعرفت ان الاظهر بطلان الشرط وابطاله العقد .

فى التنازع ـ لو اختلفا فى اصل المهر

المسألة السادسة في التنازع ـ وفيه فروع ـ الاول ـ اذا اختلفا في اصل استحقاق المهر وعدمه ـ فان كان ذلك قبل الدخول فلا اشكال ولا كلام في ان القول قول الزوج مع يمينه لاصالة عدم فرضه في العقد واصالة برائة ذمته عن المهر ، وان كان بعد الدخول فالمشهور بين الاصحاب على ماحكي ان القول قوله ايضاً ـ وعن التحرير اذا وقع الاختلاف في اصل المهر بعد الدخول يستفسر هل سمى اولا فان ذكر تسميته كان القول قوله مع اليمين وان ذكر عدمها لزم مهر المثل وان لم يجب بشيء حبس حتى يتبين ـ وعن القواعد انه ان انكر التسمية صدق باليمين لكن يثبت عليه قبل الدخول مع الطلاق المتعة ومع الدخول مهر المثل .

والتحقيق يقتضي ان يقال ان انكاره استحقاق المهر ، تارة يكون لاجل ادعائه ان المهر كان دينا له في ذمتها او عينا له في يدها او في يده وقد تلفت من غير تقصير ـ واخرى يكون لاجل ادعائه انه اعطاها المهر قبل الدخول ـ وثالثة يكون لاجل ادعائه بطلان العقد وعلم المرئة بذلك فهي بغية لا مهر لبغي ـ ورابعة لادعائه ان المهر كان شيئا قليلا اعطاه اياها وهي تعترف باخذه ولكن تدعى كون المهر المسمى ازيد من ذلك ـ أو تدعى ان العقد كان بالتفويض فالثابت بالدخول مهر المثل ـ وخامسة لادعائه ان التزويج كان في حال صغره وان المهر كان في ذمة ابيه .

اما ان كان الدعوى على الوجه الاول فالقول قول الزوج مع يمينه لاصالة البرائة وعدم اشتغال ذمته بشيء (فان قلت) اذا كان المدعى كون المهر دينا في ذمة الزوج والزوج يدعي ان له في ذمتها بمقدار ذلك فذمته ساقطة بالتهاتر فيمكن اجراء

استصحاب بقاء اشتغال الذمة ـ ودعوى ـ ان امر المستصحب دائر بين ماهو مقطوع الارتفاع وما هو مشكوك فيه فلا يجري ـ لا تتم فان الزوجة ان لم تسلم اشتغال ذمتها له ولذلك تدعي المهر فنفس ذلك الثابت يستصحب ـ نعم ان كانت مدعية ان المهر كان ازيد من ذلك فالمقدار الثابت سقط بالتهاتر وبالنسبة الى الزايد يكون الزوج منكر او الاصل معه (قلت) ان التهاتران كان متفرعا على اشتغال ذمة كل منهما بمثل مااشتغلت به ذمة الاخر كان ماافيد تاماً ـ ولكن ان كان مدعي الزوج ان نفس ماله في ذمتها جعلت مهراً او قلنا في التهاتر ان الدين لا يستقر في ذمة احد الطرفين في ما كان ذمة الطرف الاخر مشغولة به من قبل فلا يتم كمالايخفي اذلاعلم باشتغال الذمة ح

وان كان الدعوى على الوجه الثاني فالقول قول الزوج ايضاً للنصوص الخاصة كخبر(١) الحسن بن زياد عن الصادق (ع) اذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر وقال قد اعطيتك فعليها البينة وعليه اليمين، وصحيح(٢) عبدالرحمن بن الحجاج عنه(ع) في حديث اذا اهديت اليه ودخلت بيته وطلبت بعد ذلك فلا شيء لها انه كثيـر لها ان يستحلف بالله مالها قبله من صداقها قليل ولا كثير ـ ونحوهما غيرهما من النصوص وقد تقدمت في مسألة عدم سقوط المهر بالدخول وقلنا ان هذه النصوص محمولة على صورة الدعوى فراجع تلك المسألة .

وان كان الدعوى على الوجه الثالث فالقول قول الزوجة لاصالة عـدم العلم واصالة الصحة في فعل المسلم .

وان كان الدعوى على الوجه الرابع فان ادعت المرئة ان المهر سمى في العقد ولكن كان اكثر من ما اعطاها الزوج فالقول قول الزوج لاصالة عدم الزايد ـ وان ادعت التفويض فالقول قولها لان استصحاب عدم التسمية في العقد بضميمة مادل على ثبوت مهر المثل بالدخول ـ يقتضي اشتغال ذمته بمهر المثل .

وان كان الدعوى على الوجه الخامس فالقول قول الزوج ايضاً لاصالة عـدم اشتغال ذمته لها بشيء ـ فالمتحصل انه في اغلب الفروض يكون القول قول الزوج

(١-٢) الوسائل ، باب ٨ من ابواب المهور حديث ٧-٨

وان ماافاده المصنف فيالتحرير تام-الا ماذكرهمن الحبس حتى يتبين ان لم يجب كما ان ما افاده في القواعد تام - فتدبر .

حكم ما لو اختلفا في قدر المهر

الثاني - اذا اتفقا على ثبوت المهر في ذمة الزوج ﴿و﴾ كان الاختلاف في المقدار بان ادعت الزوجة قدرا زايدا عما يقربه الزوج فالمشهور بين الاصحاب ان ﴿القول قول الزوج في قدر المهر﴾ وفي الجواهر بل هو كالمجمع عليه بل ربما حكاه بعضهم - ويشهد به مضافا الى اصالة البرائة عن الزايد - صحيح (١) ابى عبيدة عن الباقر (ع) في رجل تزوج امرأة فلم يدخل بها فادعت ان صداقها مائة دينار وذكر الزوج ان صداقها خمسون ديناراً وليس لها بينة على ذلك قال القول قول الزوج مع يمينه - ومقتضى اطلاقالصحيح عدم الفرق بين ماذا اطلقا الدعوى بان ادعت الزوجة ان مهرها مائة دينار ، وادعى الزوج انه خمسون دينارا من غير ان تدعيهي تسمية الاكثر وهو تسمية الاقل او يتفقا على عدم التسمية وبين ماذا ادعت الزوجة تسمية الاكثر وهو تسمية الاقل (والاشكال) علىالحكم في الصورة الاولى بانه مع اطلاق الدعوى كما يحتمل كونه بطريقالتسمية يحتمل كونه عوض البضع المحترم وعوضه مطلقا مهر المثل وانما يتعين غيره بالتسمية ومقتضى الاصلعدمالتسمية وهذا الاصل مقدم على اصل البرائة(يندفع) بانهلايحتمل ادعاءالزوجة عدمالتسمية فانهمععدمه لاتستحق المهر الابالدخول-فلامحالة يكونان متوافقين على التسمية ، كما ان (الايراد) عليه في الصورة الثانية بان كلا منهما يدعي شيئا ينكره الاخر ومقتضى ذلك القول بالتحالف (غيرتام) فانالتحالف انما يكون فيما اذا لم يتفقاعلى شيء وفي المقام يتفقان على استحقاق الاقل فالزوجةغير منكرة بل هي تدعي استحقاقها الزايد والزوج يكون منكرا لذلك ومجرد كونها منكرة لوقوعالعقدعلىالاقل لايوجب كونها منكرة يتوجه اليها الحلف لعدمرجوع

(١) الوسائل ، باب ١٨ من ابواب المهور حديث ١ .

دعوى الزوج وقوع العقد على الاقل الى امر مالي والدعوى في خصوصية العقد ملغاة في هذا المقام وانما المسموع ماهو اللازم لهذه الدعوى من الاختلاف في الدين من حيث كونه دينا زيادة ونقيصة .

ثم انه مما ذكرناه يظهر ان القول قول الزوج مع يمينه حتى اذا كان الاختلاف في القدر بعد الدخول لاصالة البرائة ولاطلاق صحيح ابي عبيدة ـ نعم في فرض الدخول يتصور اختلافهما في القدر على نحوين آخرين: (١) ان يتفقا على عدم التسمية وانه بالدخول تستحق الزوجة مهر المثل ولكن المرئة تدعي ان قبيلتها وعشيرتها كلهم شرفاء فيكون مهر مثلها مائة دينار مثلا والزوج يدعي ان قبيلتها من الرعايا فيكون مهر مثلها خمسين دينارا ـ والظاهر تقديم قول الزوج لاصالة البرائة عن الزايد ـ وصحيح ابي عبيدة لايشمل هذه الصورة كمالايخفى (٢) ان يختلفا في التسمية وعدمها والزوج يدعي التسمية بشيء قليل والزوجة تدعي عدم التسمية وانها بالدخول تستحق مهر المثل ـ والظاهر في هذه الصورة تقديم قول الزوجة لاصالة عدم التسمية وهي مقدمة على اصالة البرائة ـ والى هذا نظر المصنف ره حيث قال ﴿**ولو انكره بعد الدخول فالوجه مهر المثل**﴾ اي انكر الزوج القدر الزايد الذي تدعيه المرئة ـ هذا كله اذا كان الاختلاف في قدر المهر .

ولو كان الاختلاف في وصفه فان كان المختلف فيه وصف الصحة فالقول قول مدعيه لموافقة قوله لاصالة الصحة ان قلنا بان الجهالة مطلقا موجبة لبطلان المهر وكان مدعي عدم اشتراط وصف الصحة مدعيا ان المهر هو الاعم من الصحيح وغيره ، وان قلنا بعدم مبطلية الجهالة أو ادعي الاخر ان العقد وقع على غير الصحيح فحكمه حكم من ادعى وصفا آخر موجبا لازدياد المالية وهو تقديم قول الزوج المنكر لاخذ الوصف الموجب لازديادها في المهر لاصالة البرائة عن الزايد .

حكم مالو اختلفا فى الدخول

الثالث اذا اتفقا في قدر المهر ووصفه ولكن المرئة تدعي الدخول واستحقاق تمام المهر والزوج يدعي عدمه وانها لاتستحق بالطلاق الانصف المهر – فان كان ذلك بعد خلائه بها خلوة خالية عن موانع الوقاع فالقول قولها لما تقدم في مسألة مايستقر به المهر – ان النصوص الدالة على استقراره بالخلوة محمولة على صورة الدعوى – والظاهر ان نظر الشيخ في التهذيبين وغيره ممن قال في هذه الصورة بان القول قول المرئة بيمينها الى ذاك – لاالى ما في الشرايع قال عملا بشاهد الحال في خلوته بالحلائل فيكون قولها موافقاً للظاهر – اذ لا دليل على حجية ظهور الحال في ذلك كي يكون صالحا لقطع الاصل الموافق لدعوى عدم الوقاع .

﴿و﴾ ان لم تكن الخلوة ثابتة كما ﴿لو ادعت﴾ الخلوة ﴿والمواقعة ف﴾ المشهور بين الاصحاب ان ﴿القول قوله مع يمينه﴾ لاصالة عدم المواقعة فهو منكر لما تدعيه المرئة عليه – وظاهر المصنف التردد في الحكم حيث قال ﴿على اشكال﴾ ولعل نظره الى الاشكال في اطلاقه فان القول قولها مع الخلوة – او اذا كانت بكر اقبل العقد – فانه ح ينظر اليها من يوثق به من النساء فان كانت البكارة زائلة فالقول قولها وان احتمل انها ازالت البكارة باصبعها بعد ما ادخلت عليه – لصحيح (١) زرارة عن ابى جعفر (ع) عن رجل تزوج جارية لم تدرك لايجامع مثلها او تزوج رتقاء فادخلت عليه فطلقها ساعة ادخلت عليه قال (ع) هاتان ينظر اليهن من يوثق به من النساء فان كن كما دخلن عليه فان لها نصف الصداق الذي فرض لها الحديث – فان مفهومه انه اذا كانت البكارة زائلة فلها تمام الصداق .

---

(١) الوسائل ، باب ٥٧ من ابواب المهور حديث ١

اذا زوج الاب ولده الصغير ولم يكن له مال ضمن المهر

المسألة السابعة ﴿ولو زوج الاب الصغير ضمن المهر مع فقره﴾ اى المهر في عهدة الوالد ان لم يكن للولد مال كما هو المشهور بين الاصحاب وفي الجواهر بلا خلاف اجده فيه بيننا بل الاجماع بقسميه عليه وفي الرياض اتفاقا منا كما عن الخلاف والمبسوط والسرائر والتذكرة ـ ويشهد به نصوص مستفيضة ـ كصحيح(١) الفضل بن عبد الملك سئلت ابا عبدالله(ع) عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير قال(ع) لاباس قلت يجوز طلاق الاب قال لا ـ قلت علي من الصداق قال على الاب ان كان ضمنه لهم وان لم يكن ضمنه فهو على الغلام الا ان لايكون للغلام مال فهو ضامن له وان لم يكن ضمن ـ وانما وصفنا الخبر بالصحة تبعا للمسالك والجواهر والا ففي سنده عبد الله بن محمد وهو وان صرح في كتب الرجال بانه يعتمد على خبره لكن مجرد ذلك لايكفي في توصيف الخبر بالصحة ـ اضف اليه ان في طريقه ايضاً على بن الحكم ـ فالاولى التعبير بالحسن ثم ان الخبر مروي عن الوافي مع ابدال قوله الا ان لا يكون للغلام بقوله الا ان يكون للغلام ـ ولكن مانقلناه هو الصحيح لاصالة عدم الزيادة ولعدم استقامة المعنى على ما نقله المحدث الكاشاني ره ، وموثق(٢) عبيد بن زرارة عن ابى عبد الله(ع) عن الرجل يزوح ابنه وهو صغير قال (ع) ان كان لابنه مال فعليه المهر وان لم يكن للابن مال فالاب ضامن المهر ضمن او لم يضمن ـ وخبر(٣) علي بن جعفر عن اخيه(ع) عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير فدخل الابن بامرأته على من المهر على الاب او على الابن قال (ع) المهر على الغلام وان لم يكن له شيء فعلى الاب ضمن ذلك على ابنه أو لم يضمن اذا كان هو انكحه وهو صغير ـ ونحوها غيرها .

وتمام الكلام فيما يستفاد من هذه النصوص في البحث عن جهات .

١ ـ ان مقتضى هذه النصوص انه ان كان للغلام مال فالمهر عليه ـ وبها يقيد اطلاق مادل على ان المهر على الاب مطلقا ـ كصحيح (٤) محمد بن مسلم عن

(١) الوسائل ، باب ٢٨ من ابواب المهوو حديث ٢ .
(٢-٣-٤) الوسائل ، باب ٢٨ من ابواب المهور حديث ١-٤-٣

احدهما (ع) عن رجل كان له ولد فزوج منهم اثنين وفرض الصداق ثم مات من اين يجب الصداق من جملة المال او من حصتهما قال (ع) من جميع المال انما هو بمنزلة الدين – وصحيحه(١) الآخر عن الباقر (ع) قال : سألته عن الصبي يزوج الصبية – قال ان كان ابواهما هما اللذان زوجاهما فنعم جائز ولكن لهما الخيار اذا ادركا فان رضيا بذلك فان المهر على الاب الحديث – وصحيح(٢) الحذاء الوارد في تزويج الصغيرين حيث قال (ع) في آخره يجوز عليها تزويج الاب ويجوز على الغلام والمهر على الاب للجارية .

٢– المحكي عن تذكرة المصنف ره وقواعده انه مع فقر الولد لو صرح الاب بنفي الضمان لايكون الاب ضامنا له – واستدل له بأن قوله في النصوص اولم يضمن يكون ظاهراً في عدم اشتراط الضمان لا اشتراط العدم وصورة اشتراط العدم خارجة عن النصوص ومقتضى القاعدة ح ضمان الولد نفسه كما لايخفي – واورد عليه الشهيد الثاني بان قوله اولم يضمن وان لم يكن صريحا في اشتراط عدم الضمان لكنه مطلق شامل للصورتين اي عدم اشتراطه واشتراط عدمه – واجاب عنه سبطه بعد تسليم اطلاق النصوص بان عموم قوله(٣) (ص) المؤمنون عند شروطهم يقتضي المصير الى ما ذهب اليه العلامة ره والروايات لا تنافيها ظاهراً ولاصريحاً .

اقول ان منعنا شمول اطلاق النصوص لصورة اشتراط عدم الضمان – فلا كلام في تمامية ماافاده المصنف ره ولو سلمنا شموله لها فان كان ضمان الاب الذي يدل عليه النصوص من قبيل الحكم اللزومي اي لايصح جعل المهر على الابن – فلا مورد للتمسك بعموم دليل الشرط فانه مقيد بمالايخالف الكتاب والسنة وهذا الشرط خلاف الكتاب والسنة – وان كان ضمان الاب حكما ارفاقيا صح التمسك بعموم دليل وجوب الوفاء بالشرط – ولا يصغي الى ماقيل من ان النسبة بين دليل الشرط ونصوص الباب هي العموم من وجه وهي تقدم – امالما في الحدائق من ان دليل الشرط يعمل به حيث

(١) الوسائل ، باب ٦ من ابواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ٨ .
(٢) الوسائل باب ١١ من ابواب ميراث الازواج حديث ١
(٣) الوسائل ، باب ٢٠ من ابواب المهور ، حديث ٤ .

لامعارض له - اولما في الرياض من ان ارتكاب التقييد فيه ليس باولى من العكس بل العكس اولى لاعتضاده بفتوى الفقهاء لحكومة دليل الشرط كغيره من ادلة العناوين الثانوية على ادلة العناوين الاولية ، ولكن الحق هو ما افاده المصنف ره من عدم شمول النصوص لصورة اشتراط عدم الضمان وظهورها في ارادة عدم اشتراط الضمان ويؤيده مقابلته بصورة اليسار المذكور فيها انه ان ضمنه الاب كان المهر عليه والا فعلى الغلام وبقرينه المقابلة يكون المراد به عدم اشتراطه، اللهم الا ان يقال ان هذه الصورة وان لم تكن داخلة تحت النصوص المتضمنة للتفصيل ولكن تشملها النصوص المطلقة الدالة على ان الصداق على الاب الظاهرة في الحكم اللزومي التعييني - وعليه فالاظهر كون الضمان على الاب وان تبرأ منه ولا يشمله دليل الشرط - وبما ذكرناه يظهر مافي كلمات القوم في المقام .

٣ - في معنى الضمان في المقام فيه احتمالان - احدهما - هو الضمان المصطلح فيكون بمعنى التعهد للمهر بعد ثبوته في ذمة الولد - ثانيهما - هو التعهد للمهر ابتداء واستدل للاول بان المهر مقابل للبضع وكونه عوضا عنه فلا بد وان يثبت في ذمة من يملك البضع تحقيقاً للمعاوضة - وبقوله (ع) في صحيح محمد بن مسلم انما هو بمنزلة الدين - اذ لو كان المراد بالضمان المعنى الثاني كان هو الدين لا بمنزلته - ويرد الاول - اولا ان النكاح ليس من قبيل المعاوضة كما مر مرارا - وثانيا انه لو كان منها اقتضاء المعاوضة خروج العوض عن كيس من ملك المعوض ممنوع - ولذلك بنينا في باب البيع على صحة البيع لو جعل الثمن من مال شخص ودخل المثمن في كيس آخر - ويترتب على ماذكرناه انه يصح في المقام ايضاً تزويج الانسان بمهر في ذمة الغير أو بعين شخصية مملوكة له اذا اذن الغير ان لم يكن اجماع على عدم الجواز - ويرد الثاني انه لو كان بمعنى الضمان المصطلح غايته ثبوت المهر في ذمة الابن آناما وانتقاله الى ذمة الاب فعلى التقديرين هو دين لا بمنزلة الدين - والاظهر هو الثاني لقولهم عليهم السلام في صحيحي محمد والحذاء وخبر علي بن جعفر المهر على الاب فانه ظاهر في ثبوت المهر ابتداء في ذمة الاب - وقولهم في النصوص الاخر فالاب

ضامن المهر - محمول على ارادة التعهد نظير من اتلف مال الغير فهو له ضامن

٤ - في الحدائق قالوا لو كان الصبي مالكا لبعض المهر دون بعض لزمه بنسبة مايملكه ولزم الاب الباقي وهو جيد - وفي الجواهر بل يكون تمام المهر عليه اقتصارا فيما خالف الاصل على المتيقن ولتعليق ضمان الاب على ما اذا لم يكن عنده شيء في خبر علي بن جعفر ومال في غيره - اقول ما افاده في الجواهر من الاقتصار فيما خالف الاصل على المتيقن لاوجه له مع الاطلاق - وما افاده فيها من ان مقتضى اطلاق النصوص انه لو كان للابن مال ولو قليل كان المهر عليه - يرده انه بمناسبة الحكم والموضوع يقيد اطلاقها بما اذا كان للابن مال بقدر المهر لان هذا الحكم انما هو لمراعاة حال المرئة وعدم جعل مهرها في ذمة الصغير ان لم يكن له بازائه مال - او لمراعاة حال الصبي بعدم اشغال ذمته مع عدم شيء له بازائه فالمراد من النصوص هو عدم المال له بقدر المهر - ويؤيده عدم مورد لايكون للابن مال ولو بمقدار قليل - وعليه فلازم ذلك ثبوت المهر في الفرض على الاب ويبقى ماظاهر الحدائق نسبته الى المشهور بلا مدرك - اللهم الا ان يقال ان اهل العرف يفهمون ولو بعد ملاحظة مناسبة الحكم والموضوع من النصوص المتضمنة ان المهر بجميع اجزائه على الابن لو كان له مال وعلى الاب لو لم يكن له مال هو التوزيع نظير ما ذكروه في مقابلة الجمع بالجمع فبنسبة مايملكه الابن يكون المهر عليه والباقي على الاب وهذا هو الاظهر .

٥ - اطلاق الروايات والفتاوي يقتضي ثبوت المهر على الابن لو كان له مال لايصرف في الدين على تقديره كدار سكنى ودابة ركوب ونحو ذلك - واورد على ذلك بانصراف المال في النصوص الى مايمكن للمرئة استيفاء مهرها منه - وحيث انه لايجب على الزوج في الفرض صرف هذه الاشياء في اداء المهر لو طلبته الزوجة بل يبقى المهر في ذمته الى ان يقدر على الوفاء - كما هو مقتضى الجمع بين دليل هذه المسألة لو شمل للفرض ودليل استثناء هذه الاشياء من الصرف في الدين فلا تشمل النصوص لما كان له مال لايصرف في الدين - اقول انصراف النصوص الى صورة وجود مال له يجوز له صرفه في الدين لاينكر - واما انصرافها الى مالو كان

له مال يجب صرفه في الدين فممنوع فما عن المشهور اظهر .

٦ - لو ادى الاب المهر عن الصبي فيمايضمن لايجوز له الرجوع على الابن وان قصد الرجوع به عليه - ولو اداه عنه في موضع لايضمن المهر فيه فان كان ذلك تبرعا لايكون له الرجوع اليه - وكذا لوضمنه لا بقصد الرجوع - وان اداه عنه بقصد الرجوع اوضمنه كك فالظاهر جواز الرجوع لعموم مادل على نفوذ تصرف الولي الاجباري فما عن المصنف ره في التذكرة من عدم جواز الرجوع بالاداء ورجوعه بالضمان مع قصد الرجوع به غير ظاهر الوجه .

٧ - لافرق في هذا الحكم بين الاب والجد لصدق الاب على الجد ايضاً سيما في هذا الباب الذي يكون ولايته اقوى من ولاية الاب في بعض المواضع - وماعن المسالك من عدم صدق الاب عليه حقيقة ولذا يصح سلبه عنه ومطلق الاستعمال اعم من الحقيقة كما ترى - وقد مر مايوضح به المقام في مبحث ولاية الاب والجد فراجع

٨ - لافرق في ضمان الاب بين المعجل منه والمؤجل وان زاد الاجل على زمان البلوغ - ولا بين كون النكاح فضوليا اجازه الاب اوغيره - ولو كان النكاح فضولياً ولم يجزه الاب ولارده فاجاز الابن بعد البلوغ فالظاهر عدم الوجوب على الاب للاصل بعد اختصاص النصوص بغيره ولخبر علي بن جعفر - ولو كان فضوليا فاجازه الاب بعد البلوغ فهل يجب عليه لاطلاق النصوص - ام لايجب لخبر علي بن جعفر - ام يفصل بين القول بالكشف والنقل فعلى الاول يجب عليه وعلى الثاني لايجب وجوه اقواها الوسط فان نكاح الاب انما يكون بالاجازة وهو يكون في حال البلوغ وان قلنا بالكشف في الاجازة - وعليه فقوله (ع) في خبر علي بن جعفر اذا كان هو انكحه وهو صغير بمفهومه يدل على عدم الوجوب عليه ، وكذا لافرق بين ان يكون المهر دينا في ذمة الوالد او عينا يبذلها للمهر بها عن ولده وان كان مورد النصوص الدين ولكن الظاهر تسالمهم على عدم الفرق والقطع بالغاء الخصوصية .

٩ - اذا دفع الاب المهر الذي في ذمته لاعسار الصبي او دفعه تبرعا عنه مع كونه موسرا ثم بلغ الصبي وطلق قبل الدخول فهل يرجع نصف المهر الى الاب أو الى الابن كما هو المشهور بل في الرياض بلا خلاف كما حكى - ام لاينتقل

لاالى الاب ولا الى الابن وجوه .

استدل للاخير بأن المرئة كماتقدم تملك المهر بالعقد وان الطلاق قبل الدخول موجب لعود نصف المهر الى الزوج وحيث ان النصوص المنصفة مختصة بما اذا كان الفارض للمهر والمؤدي له هو الزوج وغير شاملة لما اذاكان الفارض والمؤدي غير الزوج فلايكون هذا الطلاق منصفا للمهر فهو بتمامه باق على ملك المرئة (ولكن يرده ان بعض تلكم النصوص مطلق شامل له - لاحظ قوله (ع) في موثق عبيد المتقدم ان هلكت او هلك او طلقها فلها النصف ونحوه - غيره فلا اشكال في رجوع النصف عن المرئة .

واستدل للقول الثاني في الحدائق والجواهر وغيرهما بان الطلاق مملك جديد للنصف ومقتضى عموم نصوصه رجوع النصف الى الزوج بالطلاق (وفيه) ان النصوص الدالة على ملكية الزوج وكون الطلاق مملكا للنصف له مختصة بما اذاكان الفارض والمؤدي هو الزوج ولا تشمل مالوكانا غيره ومملكية الطلاق للنصف لا تنكر الاان الكلام فيمن يملك وانه هل هو الزوج او المؤدي للمهر والفارض له ، والاستدلال له بأنه بمنزلة الهبة فيجري مجراها من عدم العود الى الاب - غير تام لان ذلك دعوى خالية عن الدليل .

واستدل للاول - بأن الطلاق فاسخ ومقتضى الفسخ هو عود النصف الى من دفعه وفاء (وفيه) ماتقدم من عدم كونه فاسخا بل هو رافع له من حينه - فاذاً لادليل على شيء من القولين ولذا نسب الى بعض الاجلة الرجوع الى القرعة - فانه من قبيل المال المردد بين شخصين، اللهم الا ان يقال انه يكفي دليلا لرجوعه الى الابن تسالم الاصحاب عليه فتأمل - ، وبما ذكرناه يظهر حكم مالوادي الوالد المهر عن ولده الكبير تبرعا ثم طلق الولد أو أدى الاجنبي عنه - نعم لو كان المهر في ذمة الزوج والاب ضمن عنه بمعناه المصطلح تم ماذكروه من رجوع النصف الى الابن للنصوص الدالة على رجوع النصف الى الزوج (ودعوى) ان الاب انما يضمن على نحو ضمان الابن له فكما ان الابن يضمن بالعقد المهر المتزلزل القابل للزوال بالطلاق لا المستقر كذلك الاب يضمن المهر المتزلزل ومعنى تزلزل المهر هو كونه ملكا للمرئة مالم يقع

الطلاق قبل الدخول فالطلاق وان لم يكن فسخالكنه مثله في انه بوقوعه يزول ملكية المرئة عن نصف المهر فيعود نصفه الى ملك من كان مالكا له سابقاً كما عن بعض الاجلة (مندفعة) بما مر مفصلا من ان المرئة تملك بالعقد تمام المهر بالملكية المستقرة وان الطلاق مملك جديد للنصف.

الثامنة﴿ **وللمرئة الامتناع قبل الدخول حتى تقبض المهر** ﴾ وقدمر الكلام فيه مستوفى.

في القسم والنشوز والشقاق

﴿ **الفصل الثامن في القسم والنشوز** ﴾ والشقاق فالكلام يقع في مقامات الاول في القسم - وهو بفتح القاف مصدر قسمت الشيء - وبالكسر الحظ والنصيب والمراد به في المقام قسمة الليالي بين الزوجات ويمكن اعتباره من كل منهما ولا يترتب على تحديده بحد جامع مانع اثر كي نطول الكلام في ذلك وتمام الكلام في المقام في البحث في موارد.

(١) لاريب ولاخلاف في ان لكل من الزوج والزوجة حقوقاً واجبة ومستحبة على الاخر - والكتاب والسنة المتواترة شاهدان به - وليس المقام مقام ذكرهما.

(٢) لاخلاف في ان القسمة بين الزوجات من الحقوق الواجبة على الزوج في الجملة والايات والنصوص الاتية تدل عليه، انما الخلاف في انها تجب على الزوج ابتدائا بمجرد العقد والتمكين كالنفقة كما هو المشهور على ما صرح به جماعة - ام لاتجب عليه حتى يبتدأ بها كما عن الشيخ في المبسوط والمصنف في بعض كتبه والمحقق في الشرايع والشهيد الثاني في الروضة والسيد في المدارك والمحقق السبزواري وصاحب الحدائق وقواه في الرياض والثمرة بين القولين كما صرح به جماعة انه على القول الاول ﴿ **للزوجة** ﴾ الواحدة ﴿ **دائما ليلة** ﴾ من اربع ليال يبيت عندها والليالي الثلاث الباقية له يضعها حيث يشاء - ﴿ **وللزوجتين ليلتان** ﴾ من كل اربع ليال - ﴿ **وللثلث ثلاث** ﴾ منها ﴿ **ولو كن اربع فلكل واحدة ليلة** ﴾

ولا يبقى له شيء من كل اربع - وكلما فرغ الدور استانف الـدور على الترتيب المذكور - وعلى القول الثاني لو كانت له زوجة واحدة لايجب عليه القسمة مطلقاً ولو مع المبيت عندها ليلة - ولو كانت له زوجات متعددة لاتجب عليه الامع المبيت عند احداهن ليلة واحدة فتجب ح تلك لهن حتى يتم الدور ثـم لايجب عليه شيء فله ح الاعراض عن القسم عنهن جمعاء الا ان يبيت عند بعضهـن فيجب عليه ايفاء القسمة للباقيات ثم لايجب عليه الاستيناف وهكذا، واستدل للقول الاول بآيات واخبار

فمن الايات قوله(١) تعالى «وعاشروهن بالمعروف» بتقريب انـه يـدل على وجوب معاشرة النساء بالمعروف في الجملة ولا يصدق ذلك عرفاً بمجرد الانفاق ولا بانضمام وطئهن في كل اربعة اشهر مرة واحدة باقل الواجب مما يوجب الغسل - فدل على وجوب شيء آخر يوجب صدق المعاشرة وليس غير المضاجعة بالاجماع فيتعين وجوبها - واورد عليه الشهيد الثاني بأن المعاشرة تتحقق بدون المضاجعة بل بالايناس والانفاق وتحسين الخلق والاستمتاع بالنهار مع عدم المبيت على الوجه الذي اوجبه القائل - واجاب عنه الشيخ الاعظم ره بأنما عدا الانفاق من هذه الامور التي ذكرها غير واجب اجماعا فلم يبق هنامايصلح ان يكون واجبا الاالمضاجعة (اقول) ان ظاهر الاية وجوب كل معاشرة بالمعروف وحيث نعلم عدم وجوبهافيدور الامربين تقييد اطلاق الاية وحملها على خصوص المبيت عندها - او حمل الامـر فيها على الاستحباب والمتيقن هو الثاني سيما وان الاول مستلزم لتخصيص الاكثر ، اللهم الا ان يقال انه على ماهو الحق من خروج الوجوب والاستحباب عن حريم الموضوع له والمستعمل فيه وان الامر في الموردين استعمل في معنى واحد وانما ينتزع الوجوب والاستحباب من ورود الترخيص في ترك المأمور به وعدمه - ظاهر الاية وجوب كل ماهو معاشرة بالمعروف وقد دل الدليل على عدم وجوب جملة من مصاديقها فيحكم بالاستحباب فيها - ولم يدل دليل على عـدم وجـوب المبيت عندها - فيبقى على وجوبها - مع انه يرد على الشهيد قده انه على ماافاده لايمكن الاستدلال بالاية على

(١) سورة النساء الاية ٢٠

وجوب القسمة في الجملة مع انه قده كغيره استدل بهاله .

ومن الايات قوله (١) تعالى «فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة» بتقريب انه يدل على عدم جواز الميل الى تقديم احدى الزوجتين حتى تكون الاخرى كالمعلقة لاذات بعل ولا مطلقة فيدل على تحريم الميل لاجل العلة المذكورة وهي ان تذرها كالمعلقة ولا ريب في تحقق هذه الغاية في ترك القسمة ابتداءاً فيتحقق التحريم (وفيه) ان تحقق الغاية في ترك القسمة ابتداءاً مع الايناس بها والانفاق عليها وتحسين الخلق والاستمتاع بالنهار وماشاكل ممنوع كما لايخفي .

ومنها قوله تعالى (٢) «واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن وا هجروهن في المضاجع» بتقريب انه يدل على جواز الهجرة في المضاجع مع خوف النشوز فيدل بمفهومه على عدم جوازه مع عدم خوف النشوز ويدل عليه قوله تعالى في ذيل الاية «فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا» (وفيه) اولا انه لامفهوم له لانه من قبيل مفهوم الوصف - ودعوى ، انه في مقام تحديد الصنف الذي يجوز هجره من النساء ممنوعة لعدم القرينة على ذلك وما في ذيل الاية لايصلح قرينة عليه لرجوعه الى جميع ماقبله منها الضرب - وثانيا - ان مفهومه على فرض الثبوت - عدم مطلوبية الهجر في المضاجع لاحرمته كما هو واضح .

واما السنة فقد استدل باخبار له - منها - موثق (٣) محمد بن قيس عن الباقر (ع) في حديث واذا كانت الامة عنده قبل نكاح الحرة على الامة قسم للحرة الثلثين من ماله ونفسه يعني نفقته وللامة الثلث من ماله ونفسه ، وايراد الشهيد الثاني عليه بضعف السند في غير محله - اذ لامنشأ له الا اشتراك محمد بن قيس بين الثقة والضعيف - ويدفعه ان الظاهر في المقام بقرينة كون الراوى عنه عاصم بن حميد هو الثقة ، كما ان ايراده عليه بضعف الدلالة نظراً الى ان ظاهره وجوب ماليس بواجب اجماعاً لعدم وجوب قسم الحرة بالثلثين من تمام الاوقات والامة بالثلث - غير تام فان

---

(١) سورة النساء آية ١٣٠ .   (٢) سورة النساء آية ٣٥ .

(٣) الوسائل ، باب ٨ من ابواب القسم والنشوز والشقاق حديث ٢ .

خروج ماهو غير واجب بالاجماع لاينافي وجوب ماهو المتنازع فيه كما مـرفي الاية الاولى-وايضاًكماانالمراد بالمال في الرواية خصوص النفقة كمافسرهالامام(ع) يمكن ان يكون المراد بالنفس المضاجعة اذ ليس غيرها واجبا اجماعا ـ ولكن يرد على الاستدلال به انه في مقام بيان كيفية القسمة بين الحرة والامة لو اراد القسمة لا في مقام بيان وجوبها ، اللهمالا ان يقال ان السئوال في الخبر انما هو عن نكاح الحرة على الامة وبعد حكمه (ع) بجوازه بين هذا الحكم ابتداء من غير السئوال عنه وظاهره كونه بيانا لكلا الامرين اى حكم القسمة نفسها وكيفيتها .

وبهذا يظهر دلالة النصوص الاخر التي بمضمون هذا الخبر على ذلك ، كموثق(١) عبدالرحمن عن الصادق(ع) عنالرجل يتزوج الامة علىالحرة قال(ع) لايتزوج الامة علىالحرةويتزوج الحرةعلى الامةوللحرة ليلتان وللامة ليلة ـ ونحوه غيره ولكن هذه النصوص لاتدل علىوجوب القسم مع وحدة الزوجة بل هيمختصة بصورة التعدد ـ ودعوى عدم القول بالفصل ـ ممنوعة لتصريح ابن حمزة باشتراط التعدد في وجوب القسمة وحكى ايضاً عن ظاهر جماعة كالمقنعة والنهاية والمذهب والجامع ، اللهم الا ان يقال انهم في مقام بيان ان القسمة مختصة بالمتعدد لاعتبار تعدد الزوجة في مفهومها واما القسم للواحدة بمعنى اعطائها قسما او حظا منالليل او نصيبا من المعاشرة فغير متعرضين لحكمه فيتم ماعن ظاهر المسالك وغيرها من عدم القولبعدمالوجوب في الواحدة والوجوب في المتعددة .

ومنها النصوص الدالة على انه اذا احلت المرئة من الرجل ليلتها حل لهتلك كخبر (٢) علي بن ابي حمزة قال سئلت ابا الحسن (ع) عن قول الله عزوجلوان امرأة خافت من بعلهانشوزا او اعراضا قال (ع) اذا كان كك فهم بطلاقها فقالت له امسكنى وادع لك بعض ماعليكواحللكمن يومي وليلتيحل لهذلك ولاجناح عليهما ونحوه صحيح (٣) الحلبي او حسنهـوخبر(٤) ابىبصير ـ ورواية (٥) زيدالشحام وخبر (٦)البزنطي ـ ولا يقدح اشتمال بعضها على ذكر اليوم مع الليل معان اليوم

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب القسم والنشوز حديث ٣ .
(٢-٣-٤-٥-٦) الوسائل باب ١١ من ابوابالقسم والنشوز والشقاق حديث٢-١-٣-٤-٦

ليس حقا لها - لان ترك ظاهر الخبر في بعض موارده لايوجب طرحه بالنسبة الى الباقي - مع ان كون الزوج عندها في صبيحة ليلتها من الحقوق المستحبة - فيحمل الخبر بالنسبة الى اليوم على الاستحباب .

ومنها النصوص الدالة على ان لكل زوجة ليلة من الاربع الشاملة لصورتي الاتحاد والتعدد ، كخبر (١) الحسن بن زياد عن ابيعبد الله (ع) عن الرجل يكون له المرأتان واحداهما احب اليه من الاخرى اله ان يفضلها بشيء قال (ع) نعم له ان يأتيها ثلث ليال والاخرى ليلة لان له ان يتزوج اربع نسوة فليلتاه يجعلهما حيث يشاء الى ان قال وللرجل ان يفضل نسائه بعضهن على بعض مالم يكن اربعا - فان حكمه بجواز تفضيل احداهما بليلتين معللا بان له ان يتزوج اربع نسوة الظاهر في ان لكل واحدة ليلة من الاربع ولذا اباح الله تعالى اربع نسوة والتفريع عليه بان ليلتيه يجعلهما حيث يشاء - يشهد باستحقاق الزوجة ليلة واحدة من اربع ليال ، وبهذا التقريب يندفع ما اورد على الاستدلال به بان ماتضمنه الخبر من وجوب القسمة ليس محل الكلام فانه فيما اذا بات عند احداهما - متفق عليه وانما الكلام في وجوب القسمة ابتداء - فان الاستدلال انما هو بعموم العلة - بتقريب انه لايستقيم العلة الا بان يكون المراد بها انه حيث تكون للزوجة الواحدة ليلة من اربع ليال وكانت الليالي الثلاث الباقية له اباح الله تعالى اربع نساء اذ لو كان لكل واحدة ازيد من ليلة كان تشريع الاربع تضييعاً لحقوقهن - وصحيح (٢) محمد بن مسلم سئلته عن الرجل تكون عنده امرأتان واحداهما احب اليه من الاخرى قال (ع) له ان ياتيها ثلث ليال والاخرى ليلة فان شاء ان يتزوج اربع نسوة كان لكل امرأة ليلة فلذلك كان له ان يفضل بعضهن على بعض مالم يكن اربعاً - وكون صدره فى مقام تفضيل بعضهن على بعض لاينافي ظهور قوله لكل امرأة ليلة في وجوب القسمة والقسم ابتداء سيما وهو مذكور علة للتفضيل كما مر ونحوهما غيرهما .

---

(١) الوسائل باب ١ من ابواب القسم والنشوز والشقاق حديث ٢

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب القسم والنشوز والشقاق حديث ٣

ومنها مادل على انه لو اشترط عند العقد ان ياتيها متى شاء اوفي كل اسبوع مرة لم يجز الشرط بل لها من كل اربع ليال ليلة كخبر(١) زرارة قال سئل ابو جعفر (ع) عن النهارية(المهارية خ ل) يشترط عليها عند عقدة النكاح ان يأتيها متى شاء كل شهر وكل جمعة يوما ومن النفقة كذا وكذا قال (ع) ليس ذلك الشرط بشيء ومن تزوج امرئة فلها ما للمرئة من النفقة والقسمة الحديث - فان الحكم بعدم جواز الشرط ثم الحكم باستحقاق المرئة القسم بمجرد التزويج وعطف القسمة على النفقة توجب ظهور الخبر في وجوب القسمة على نحو لايقبل الانكار - واوضح منه خبره (٢) الاخر قال كان الناس بالبصرة يتزوجون سرا فيشترط عليها ان لاآتيك الا نهار او لاآتيك بالليل ولااقسم لك قال زرارة وكنت اخاف ان يكون هذا تزويجا فاسد افسئلت ابا جعفر (ع) عن ذلك فقال لاباس به يعني التزويج الا انه ينبغي ان يكون هذا الشرط بعد النكاح ولو انها قالت له بعد هذه الشروط قبل التزويج نعم ثم قالت بعد ماتزوجها اني لارضي الا ان تقسم لي وتبيت عندي فلم يفعل كان آثما فانه صريح فيوجوب القسم واطلاقه شامل لصورة وحدة الزوجة .

ومنها خبر (٣) دعائم الاسلام عن جعفر بن محمد عن ابائه عليهم السلام ان علياً صلوات الله عليه قال للرجل ان يتزوجا اربعاً فان لم يتزوج غيرواحدة فعليه ان يبيت عندها ليلة من اربع ليال وله ان يفعل في الثلاث ماا حب مما احله الله تعالى الى غير تلكم من النصوص - فالمستفاد من الكتاب والسنة وجوب القسم .

وقد استدل للقول الثاني (تارة) بالاصل (واخرى) بما افاده الشهيد الثاني - من ان قوله تعالى (٤) «فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ماملكت ايمانكم» يدل على ان الواحدة كالامة لاحق لها في القسمة المعتبر فيها العدل ولو وجبت لها ليلة من الاربع لساوت غيرها وكل من قال بعدم الوجوب للواحدة قال بعدمه للازيد الا مع الابتداء (وثالثة) بما في رسالة الشيخ الاعظم ره - قال نعم يمكن ان يتمسك لهم بمادل من الاخبار على حصر الحق الواجب

(١-٢) الوسائل باب ٣٩ من ابواب المهور حديث ٣-٢
(٣) المستدرك باب ١ من ابواب القسم والنشوز حديث ١
(٤) سورة النساء آية ٤

للمرئة في ان يكسوها من العرى ويطعمها من الجوع ـ كموثقة(١) اسحاق بن عمار ورواية(٢) عمر بن جبير العزرمي ـ ورواية(٣) شهاب بن عبد ربه ونحوها غيرها .

ولكن الاصل يخرج عنه بالدليل ـ والاية الكريمة تدل على عدم جواز ازيد من واحدة اذا خيف عدم مراعاة العدل الواجب بينهن واما ان الواحدة ماذا حكمها فهي ساكتة عنه وعطف الامة عليها لايستلزم اتحاد حكمهما في غير ما هو مورد الاية وهو العدل بين النساء ـ فالاية تدل على ان من خاف ان لايعدل بين النساء ينكح واحدة فيسلم من الحيف والميل او امة ولو كانت متعددة لان منافعها مملوكة للمولى فلا يلزم ظلم عليهن ولو ترك المولى استيفاء المنفعة من بعضهن ـ واما الاخبار فغاية ماتدل عليه حصر حقها فيما تضمنته من سد جوعها واكسائها والعفو عن ذنبها فمفهومها مطلق بالنسبة الى النصوص المتقدمة الدالة على كون القسمة من حقوقها فيقيد بها كما يقيد بما يدل على وجوب الدخول بها في كل اربعة اشهر مرة ـ مع ـ ان تلكم الاخبار في حقوقها المختصة بها ولا نظر لها الى مثل هذا الحق المشترك بينها وبينه ـ مع ان في النصوص المشار اليها كلاما يأتي في مبحث النفقات ـ فتحصل ان ما ذهب اليه المشهور هو الاظهر والاقوى .

جعل القسمة ازيد من ليلة

٣ على القول بوجوب القسمة هل يجوز ان يجعل القسمة ازيد من ليلة لكل واحدة بأن يبيت ليلتين او ثلاث ليال عند كل واحدة منهن كما عن الشيخ في المبسوط وجماعة ام لايجوز الا برضاهن كما في الشرايع وعن غيرها وجهان .

استدل للاول بالاصل ـ وبحصول الغرض حيث تحصل التسوية بينهن في الزمان ـ وبان الحق له فتقديره اليه وحقهن انما هو في العدل والتسوية وهو متحقق في المفروض ـ وباطلاق الامر بالقسمة، اقول ضعف غير الاخير ظاهر اذ الاصل يرجع اليه مع فقد الدليل والباقي لايعتمد عليه في الاحكام الشرعية ـ واما الاخير ـ فان

(١ـ٢) الوسائل باب ١ من ابواب النفقات حديث ٣ـ٧

(٣) الوسائل ، باب ٢ من ابواب النفقات حديث ١ .

كان مدرك وجوب القسمة آية المعاشرة تم ما افيد - واما ان كان المدرك هو النصوص فهي تدل على استحقاق كل زوجة ليلة من اربع ليال ولازم ذلك عدم جواز القسمة بالنحو المذكور (وما) في الجواهر من ان النصوص مساقة لبيان مقدار الاستحقاق الذي هو ربع من لياليه على وجه لو اراد التفضيل بما زاد عنده من الاربع كان له لان المراد منها بيان الاستحقاق المنافي لذلك (يدفعه) انه خلاف الظاهر اذ الظاهر من اخذ كل عنوان في الحكم دخله فيه بنفسه لا بما هو فرد لعنوان جامع بينه وبين غيره

وبذلك ظهر مدرك الثاني - ويشهد به مضافا الى ذلك خبر(١) سماعة قال سئلته عن رجل كانت له امرأة فيتزوج عليها هل يحل له ان يفضل واحدة على الاخرى قال(ع) يفضل المحدثة حدثان عرسها ثلاثة ايام ان كانت بكرا ثم يسوى بينهما بطيبة نفس احداهما الاخرى بناء على ان المراد به التسوية التي يتراضيان بها - وعليه - فلو جعل لكل واحدة منهن ثلاث ليال او ازيد ولم تطب نفس احداهما الا بليلة ليلة لم يفعل تلك والايراد عليه بانه غير ظاهر في ذلك وكونه من الماول فيمكن ارادة الاستحباب برضاهما فيما فضل عنده من الليالي وغير ذلك كما في الجواهر - غير وارد فان المسئول عنه هو ان يبيت عند احدى المرئتين ازيد من ليلة فجوابه(ع) بانه لامانع من ذلك بشرط التساوي ورضاهما بذلك وهذا هو المتنازع فيه فالخبر ظاهر في القول الثاني .

ثم انه على تقدير القول بجواز القسمة كك - وقع الخلاف بينهم في انه هل يكون لذلك حد وماذا حده فعن الشيخ في المبسوط وجماعة ان حده ثلاث ليال واعتبر في الزايد رضاهن - وعن الاسكافي جواز جعلها سبعاً - واستدل للاول بان الثلاث اقصى الماثور اذا كانت ثيبا ولو في التي تزوجها جديداً - وللثاني بان الاقصى هي السبع - وبان الزايد على السبع يعد هجرا وعشرة بغير المعروف .

---

(١) الوسائل ، باب ٢ من ابواب القسم والنشوز والشقاق حديث ٨

كيفية البدئة في القسمة

٤ بناء على القول بوجوب القسمة اختلفت كلما تهم في كيفية البدئة ـ فالمنسوب الى المشهور انه يبدأ بمن شاء منهن حتى يأتي عليهن ثم يجب التسوية على الترتيب ـ وقيل يجب الرجوع الى القرعة .

واستدل للثاني (بان) البدئة من واحدة معينة دون الاخرى ترجيح بلا مرجح (وبانه) من باب تزاحم الحقوق والمرجع فيه هو القرعة (وبان) تقديم واحدة بغير القرعة يقتضي الميل اليها وقد نهي عنه النبي (ص) ـ قال على ما رواه (١) الصدوق ومن كانت له امرأتان فلم يعدل بينهما في القسم من نفسه وماله جاء يوم القيمة مغلولا مايلا شقه حتى يدخل النار (وبفحوى) (٢) قرعة النبي (ص) بين نسائه اذا اراد سفرا فيصحب من اخرجتها القرعة (وبانه) مقتضى العدل في القسمة قال الشيخ في محكى المبسوط انه مخاطب بقسمة العدل بينهن ان اراد القسمة ولا تحقق الا بمعاملتها قسمة الحق بين مستحقيه ولا ريب في ترجيح الاول من المستحقين لمثل هذا الحق الذي لا يمكن استيفائه الا بالترتيب الى مرجح وليس الا القرعة انتهى .

ولكن يرد على الاول ان مقتضى اطلاق الامر بالقسمة كون الزوج مخيرا في البدئة بايتهن شاء فالبدئة بكل واحدة منهن انما هى للتخيير الشرعي فلا تكون من الترجيح بلا مرجح ـ وبه يظهر ما في الثاني فانه يكون من قبيل تزاحم الحقوق لو كان البدئة بكل واحدة منهن واجبة عينا ـ ومع التخيير لا تزاحم بين الحقوق ويرد الثالث ـ ان الميل المحرم هو الميل الكلي عن احداهما الى الآخر المستلزم للعول والجور عليها بالاخلال بنفقتها وقسمها لا لمطلق الميل ولو لم يكن مستلزما لذلك كيف وقد دلت النصوص على جواز تفضيل احدى الامرأتين على الاخرى بالمبيت

---

(١) الوسائل ، الباب ٤ من ابواب القسم والنشوز والشقاق حديث ١

(٢) المستدرك باب ١١ من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء ، حديث ١٣ سنن ابي داود ج ٢ باب في القسم بين النساء .

عندها ازيد من المبيت عند الاخرى - وقد دل الكتاب ايضاً على ان المنهى عنه الميل الكلي قال الله(١) تعالى «ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل» وما ورد(٢) في تفسير الاية - من ان المراد بالعدل فيها المودة القلبية - لاينافي ماذكرناه من ان المنهى عنه هو الميل الكلي في ترتيب الاثر خارجاً كيف والمودة القلبية من الامور غير الاختيارية لايصح النهى عنها فالمنهى عنه هو ترتيب الاثر خارجاً - ويرد الرابع مضافا الى ان فعله (ص) اعم من الوجوب ان مورده المضاجعة في السفر التي لاتكون واجبة قطعا ولاربط له بالمقام - ويرد الاخير ان حق كل واحدة منهن لوكان هو البدئة بها خاصة كان ما افيد تامـاً واذا كان حقها المبيت عندها في كل اربع ليلة مخيرا بين الاول والوسط والاخير فمقتضى اطلاق الادلة هو البدئة بايتهن شاء - فتحصل مما ذكرناه ان ماهو المشهور اظهر فله البدئة بأيتهن شاء .

حكم المعاوضة على هبة الزوجة حقها

(٥) ﴿ولو وهبته احداهن﴾ حقها من القسم - لايجب على الزوج القبول لان الاستمتاع بها حق له في الجملة فهو حق مشترك بينهما - ولو رضي الزوج جاز - وقد دلت النصوص على ذلك لاحظ صحيح (٣) الحلبي عن ابى عبد الله (ع) عن قول الله عزوجل - وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا - فقال هي المرئة تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها اني اريد ان اطلقك فتقول له لاتفعل انى اكره ان تشمت بي ولكن انظر في ليلتي فاصنع بها ما شئت وماكان سوى ذلك من شيء فهو لك ودعنى على حالتي فهو قوله تعالى فلاجناح عليهما ان يصلحا صلحاً وهذا هو

---

(١) النساء آية ١٣٠ .
(٢) الوسائل ، باب ٧ من ابواب القسم والنشوز حديث ١
(٣) الوسائل باب ١١ من ابواب القسم والنشوز حديث ١

الصلح ـ وخبر (١) ابى بصير عنه (ع) في الاية الكريمة وان امرأة خافت الخ ـ قال (ع) هذا يكون عنده المرئة لا تعجبه فيريـد طلاقها فتقول له امسكني ولا تطلقني ، وادع لك ماعلى ظهرك واعطيك من مالي واحللك من يومي وليلتي فقد طاب ذلك كله ـ ونحوهما خبر (٢) علي بن ابى حمزة ـ ورواية (٣) البزنطي ـ فمع السقوط ﴿وضع﴾ الزوج ﴿ليلتها حيث شاء﴾ كما هو واضح .

وهل يصح المعاوضة عليها بان تلتمس عوضا من حقها ام لا ـ نسب الى الشيخ في المبسوط والمصنف في بعض كتبه اختيار الثاني ـ ولكن الاول اظهر لان لاسقاط حقها مالية عرفا فيعوض بالمال ويشهد به مضافا الى ذلك ـ خبر (٤) زرارة عن ابى جعفر (ع) في حديث من تزوج امرأة فلها ماللمرئة من النفقة والقسمة ولكنه ان تزوج امرأة فخافت منه نشوزا وخافت ان يتزوج عليها او يطلقها فصالحت من حقها على شيء من نفقتها او قسمتها فان ذلك جائز لاباس به ـ وخبر (٥) علي بن جعفر عن اخيه (ع) عن رجل له امرئتان قالت احداهما ليلتي ويومي لك يوما او شهرا او ماكان ايجوز ذلك قال اذا طابت نفسها واشترى ذلك منها فلا باس ـ ومعلوم ان اطلاق الشراء مجاز فهو كناية عن المعاوضة عليه ـ ومعه لايصغي الى ما استدل للثاني بانه حق لايتقوم منفردا اي غير مالي لعدم كونه في مقابلة عين او منفعة وانما هو مأوى ومسكن فلا تصح المعاوضة عليه .

ثم ان الموجود في النصوص هو اسقاط الحق مجانا او بعوض الا في خبر علي بن جعفر الظاهر في اعطائها الحق اياه ـ والموجود في كلمات الاصحاب هو هبة ليلتها للزوج ـ فهل يصح نقل حقها اليه ـ ام لا يصح الا الاسقاط (قد يقال) بالثاني نظرا الى ان الحق لما كان نحوا من السلطنة على من عليه الحق فلا يعقل نقله اليه لان الانسان لايمكن ان يتسلط على نفسه بالنحو الذي كان لطرفه ـ وبالجملة لايعقل قيام طرفى السلطنة بشخص واحد ، وشيد بعضهم ذلك بان المسلط والمسلط عليه

(١ ـ ٢ ـ ٣) الوسائل باب ١١ من ابواب القسم والنشوز والشقاق حديث ٣ ـ ٢ ـ ٤

(٤ ـ ٥) الوسائل باب ٦ من ابواب القسم والنشوز والشقاق حديث ١ ـ ٢

متضائفان والتضائف من اقسام التقابل فكيف يعقل اجتماعهما في واحد(وفيه) اولا ان المسلط عليه انما هو بمعنيين ـ احدهما طرف السلطنة ـ الثاني من بضرره السلطنة مثلا في حق الشفعة يملك الشريك ما اشتراه المشتري ببذل الثمن فهو مسلط عليه بالمعنى الاول ـ ومن عليه الحق هو المسلط عليه بالمعنى الثاني ـ وعليه فنقل الحق الى من عليه الحق لايلزم منه اتحاد المسلط والمسلط عليه بمعنى قيام طرفى السلطنة بشخص واحد ـ وثانياً ان السلطنة من قبيل الحب يمكن اجتماع طرفيها في شخص واحد فكما ان الانسان يحب نفسه فكك يكون مسلطا على نفسه كيف وقد اشتهر ورود ان الناس مسلطون على انفسهم ـ فلا اشكال في ان هبة هذا الحق لامحذور فيها من هذه الجهة (نعم) يبقى محذور اللغوية فانه كان هذا الحق مشتركا بينهما وثابتا للزوج فانتقاله اليه واعتباره له ثانيا لا اثر له فتأمل .

وعلى ماذكر من منع انتقاله اليه ـ وانه يقبل الاسقاط خاصة ربما يوجه القول بعدم جواز اخذها العوض بازائه ـ بان نفس الاسقاط بما انه فعل من الافعال واثره وهو السقوط بما انه اسم المصدر ليس من الافعال التي تقبل للمملوكية نظير الخياطة فان هذا المعنى معنى حرفي غير قابل لان يتمول الا باعتبار نفس الحق وقد عرفت مافيه (ولكن) يرده مضافا الى كونه اجتهادا في مقابل النص ان نفس الاسقاط وان كان لايتمول والحق فرضنا عدم قابليته للنقل اليه الا انه لامانع من صيرورة الحق سببا وواسطة في قابلية اسقاطه للملكية ولان يبذل بازائه المال ونظير ذلك العلم فانه بنفسه لايملك لكنه يصير سببا لزيادة مالية العبد المتصف به هذا كله في الهبة للزوج .

فهل يصح هبتها الضرة ـ المشهور بينهم ذلك واستدل له بتسلطها على حقها كالمال الا انه لما كان مشتركاً بينها وبين الزوج اعتبر رضاه ـ وبالنبوي المرسل المذكور في المسالك ان سودة بنت زمعة لما كبرت وهبت نوبتها لعايشة فكان النبي(ص) يقسم لها يوم سودة ويومها ـ ولكن يرد الاول انه يتم لو ثبت امران احدهما انه من الحقوق لامن الاحكام الشرعية ـ والثاني كونه حقاً قابلا للانتقال بان لايكون وجود الشخص مقوما له والا فمثل حق النظارة والتولية غير قابل للانتقال ـ والامر

الاول وان ثبت بما ذكرناه الا ان اثبات الامر الثاني مشكل ـ اللهم الا ان يستدل له بخبر علي بن جعفر المتقدم المتضمن لانتقاله الى الزوج بعوض ـ والمسألة تحتاج الى تأمل زايد ـ واما الثاني ففي الحدائق ان هذه الرواية من روايات العامة فاني لم اقف بعد التتبع عليها في شيء من كتب اخبارنا ـ ولكن الظاهر ان المسألة اجماعية ﴿و﴾ عليه ف ﴿لو وهبت الضرة بات عندها﴾ ولكن يتوقف ذلك على قبولها ولو لم تقبل لا ينتقل الحق اليها ـ والتعبير بالهبة انما هو من الفقهاء فلا وجه لاجراء جميع احكام الهبة عليه لعدم ثبوت كون ذلك هبة مصطلحة واطلاق لفظ الهبة في المرسل كالعبارات من باب التوسع والا فالمراد نقل الحق الى الضرة ،وفي جواز الرجوع فيها ان وهبت الضرة او الزوج اشكال ـ ودعوى ان ذلك من قبيل الاذن فاذا رجعت عن الاذن كان الحق لها كما في الجواهر ـ غير ظاهرة بل المستفاد من الادلة انه حق كساير الحقوق يسقط بالاسقاط وينتقل الى الضرة وعوده يحتاج الى دليل مفقود ومقتضى اصالة اللزوم هو عدم جواز الرجوع ـ نعم لها التبعيض بان تهب اسبوعا او شهراً أو ما شابه ذلك فبعد مضيه يعود حقها ـ وان ثبت كونه هبة تصح دعوى جواز الرجوع لانه هبة بغير ذي رحم تكون جائزة لكن تقدم عدم ثبوت ذلك ،وان وهبت للضرات جمعاء وجب قسمتهن على ان يكون عند واحدة منهن في كل دور ـ او يبيت عند كل واحدة منهن بعض الليلة .

الواجب في القسم المبيت عندها ليلا

(٦) ﴿والـواجب﴾ في القسمة ﴿المضاجعة ليلا لا المواقعة﴾ بلا خلاف في الاول وعلى الاشهر في الثاني، اما كون الواجب هو المضاجعة بمعنى المبيت عندها وكونه عندها بما لهذا المفهوم من السعة فيشهد به النصوص المتقدمة ـ وخصوص صحيح (١) ابن محبوب عن ابراهيم الكرخي قال سئلت ابا عبد الله (ع) عن رجل له اربع نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن في لياليهن فيمسهن فاذا بات عند الرابعة في

(١) الوسائل باب ٥ من ابواب القسم والنشوز والشقاق حديث ١ .

ليلتها لم يمسها فهل عليه في هذا اثم قال(ع) انما عليه ان يبيت عندها في ليلتها ويظل عندها في صبيحتها وليس عليه ان يجامعها اذا لم يرد ذلك واما عدم وجوب المواقعة فلاصل - ولخبر الكرخي ولما دل(١) على عدم وجوبها الا في كل اربعة اشهر .

انما الكلام في وجوب المضاجعة بمعنى ان ينام قريبا منها على النحو المعتاد معطيا لها وجهه كك في جملة الليل - فلايكفي المبيت في بيتها في حجرة اخرى وان لم يكن في الحجرتين غيرهما - ولا المبيت عندها مع عدم اعطائها وجهه ولا المبيت عندها في حجرتها قريبا منها ولكن في فراش آخر ، فقد استدل له - بالتأسي - وبظاهر قوله(٢) تعالى « وعاشروهن بالمعروف » ، وبقوله(٣) تعالى «وجعلنا الليل لباسا» وقد ورد في تفسيره عن النبي (ص) انه جعل الليل ليلا لانه يلايل الرجال من النساء وجعله الله الفة ولباسا - وبانه المتعارف من المبيت عندها بل هو وشبهه السبب في تعيين ليلتها واضافتها اليها - وباستفادته - من آية فاهجروهن(٣) في المضاجع حيث اشترط ذلك بالنشوز وانه مع الطاعة ليس للزوج عليها هذا السبيل (ولكن) التاسي حيث لايعلم ان فعل المعصومين عليهم السلام على وجه اللزوم لايقتضي ذلك - وآية المعاشرة لاتدل على لزوم كل ماهو معاشرة بالمعروف بل مقتضى اطلاقها الاكتفاء بما هو معاشرة بالمعروف عرفا - ومن الضروري ان المبيت عندها من ذلك - وارادة المضاجعة بالنحو المزبور من اللباس - ودلالة الآية على اللزوم تحتاجان الى دليل - وكون المتعارف من المبيت ذلك لايصلح منشئاً لانصراف الاطلاق - وآية الهجر في المضاجع قد تقدم عدم دلالتها على لزوم ذلك مع عدم النشوز - فاذاً لا دليل على لزوم ازيد من صدق المبيت عندها . اما كون الواجب هو المبيت عندها بالليل فهو مما لاخلاف فيه والنصوص المتقدمة شاهدة به.

انما الكلام في انه هل يجب زايدا عليه قيلولة صبيحة تلك الليلة عندها كما عن الاسكافي - ام يجب الكون مع صاحبة الليل نهارا كما عن المبسوط ووافقه المصنف في محكى التحرير لكنه جعل النهار تابعة لليلة الماضية - ام يجب ان يظل عندها صبيحتها - ام لايجب من ذلك شيء بل النهار له ووجوب القسمة مختص بالليل كما

(١) الوسائل باب ٢١ من ابواب مقدمات النكاح وباب ٣٠ من ابواب العدد وفي اخبار في ابواب من الايلاء دلالة عليه .

(٢-٤) النساء آية ٢٠ و ٣٥ (٣) سورة عم آية ١١

هو المشهور بين الاصحاب - ويشهد للاخير مضافا الى الاصل - والى ان النهار جعل معاشا وخلق لهم مبصرا ليبتغوا فيه من فضله وليتسببوا الى رزقه - والى السيرة المستمرة - اختصاص نصوص القسمة بالليل - واستدل لما قبله بخبر الكرخي المتقدم المتضمن قوله (ع) ويظل عندها صبيحتها - لكنه محمول على الاستحباب لفتوى الاصحاب - واستدل لما قبله بالنصوص (١) الدالة على انه للحرة يومان وللامة يوم - والنصوص (٢) الدالة على تخصيص البكر والثيب بالايام بناء على كون اليوم اسما لمجموع الليل والنهار - لكن النصوص المشار اليها مضافا الى معارضتها بما مر يعارضها الاخبار (٣) الواردة في ذينك المقامين المصرحة بالليل بدل اليوم فلابد اما من حمل اليوم على ارادة الليلة خاصة تسمية للجزء باسم الكل - او يراد بالليلة مجموع اليوم المشتمل على النهار والليل تسمية للكل باسم الجزء والترجيح مع الاول - اضف الى ذلك كله انهافي موردين خاصين والتعدي يحتاج الى دليل اما القول الاول فلم يظفر الاصحاب بمدركه - فالاظهر ماهو المشهور (ثم ان) المراد من البيتوتة معها في الليل ليس المقام معها من اول غروب الشمس الى طلوع الفجر بل المراد بها مايعتاد منها وهو بعد قضاء الرجل من الصلاة في المسجد ومجالسة الضيف ونحو ذلك حملا للاطلاق على المتعارف - وللسيرة القطعية المستمرة بل الظاهر جواز دخوله في تلك الليلة على الضرة لضرورة او غيرها - ولكن في الرياض ليس له ذلك الا لضرورة فيما قطع به الاصحاب لمنافاته المعاشرة المزبورة - وفيه انه كما لاتكون مجالسة الضيف وماشاكل منافية لها كذلك لايكون الدخول الضرة على كك

لو اجتمعت المسلمة مع الكتابية للمسلمة ليلتان وللكتابية ليلة

- ٧ - لااشكال «و» لاخلاف يعتد به بين الاصحاب في انه اذاكانت الامة

---

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب القسم والنشوز ، وباب ٤٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة
(٢) الوسائل ، باب ٢ من ابواب القسم والنشوز
(٣) الوسائل باب ٢ و ٨ من ابواب القسم والنشوز والشقاق

مع الحرة أو الحرائر حيث يجوز الجمع بينهما في التزويج كان ﴿للحرة ليلتان والامة﴾ ليلة - والنصوص(١) شاهدة به وايضاً لا خلاف بينهم في انه اذا كان عنده مسلمة وكتابية كان للمسلمة ليلتان ﴿و﴾ لـ ﴿الكتابية ليلة﴾ بل عن الخلاف الاجماع عليه - ويشهد به خبر(٢) عبدالرحمان بن ابى عبد الله سألت ابا عبدالله (ع) هل للرجل ان يتزوج النصرانية على المسلمة والامة على الحرة - فقال (ع) لاتزوج واحدة منهما على المسلمة وتزوج المسلمة على الامة والنصرانية وللمسلمة الثلثان وللامة والنصرانية الثلث - المنجر ضعفه لو كان بالشهرة مع انه حسن بل عد في الجواهر والمسالك مثله من الصحيح لانه ليس في طريقه من يتوقف فيه سوى عبد الله بن محمد بن عيسى الاشعري وقد عد الشهيد الثاني وصاحب الجواهر الخبر الذي هو في طريقه صحيحاً - فتوقف الشهيد الثاني في الحكم في غير محله.

وعليه فهل الدور من الثمانية خمس للزوج وليلتان للمسلمة وليلة الكتابية ام من الاربع ليلتان ونصف للزوج وليلة للمسلمة ونصف ليلة للكتابية - وجهان ذهب الشهيد الثاني الى الثاني وفي الامة المشهور بين الاصحاب هو الاول (واستدل الشهيد لما اختاره بان الاصل في الدور الاربع وتنصيف الليلة في القسمة يجوز لعوارض كما سيأتي - وعليه فالتنصيف وان لم يجز ابتداء الا انه لامانع من كونه كك هنا - فالجمع بين نصوص الدور والنصوص المتضمنة لان لاحداهما مثلي ما للاخرى يقتضي الالتزام بذلك (وفيه) ان النصوص الواردة في الامة المستفاد منها حكم الكتابية تدل على عدم التنصيف لاحظ ماتضمن ان للحرة ليلتين والامة ليلة فانه ظاهر في عدم التنصيف - كما ان الاصحاب استفادوا من نصوص القسم عدم جواز اقل من الليلة - وبها يبين اجمال بقية النصوص المتضمنة للثلث والثلثين - والجمع بينها وبين نصوص الدور يقتضي البناء على ان الدور هنا من الثمان - ويؤيده ماعن الخلاف وغيره الاجماع عليه - وايضاً ان في تنصيف الليل رفعا للاستيناس

(١) الوسائل، باب ٨ من ابواب القسم والنشوز والشقاق
(٢) الوسائل، باب ٧ من ابواب ما يحرم بالكفر حديث ٣

وتنقيصا للعيش مضافا الى تعسر ضبط النصف غالبا فلا يصح جعله مناطا للحكم الشرعي ثم انه على القول بكون الدور من الثمان ـ هل يجب تفريق ليلتي المسلمة بان يكون واحدة في الاربع الاولى والثانية في الاربع الثانية ان لم ترض بغيره كما عن بعض ـ ام يجوز الجمع كما في الحدائق والرياض والجواهر وجهان ـ من ان لها حقاً في كل اربع واحدة ومن ان اطلاق نصوص الباب يقتضي جواز الجمع ـ ولعل الثاني اقوى لان النصوص المثبتة لحقها في كل اربع ليلة مختصة بغير ما اذا اجتمعت مع الامة أو الكتابية وفي صورة الاجتماع المرجع خصوص نصوص الباب وهي مطلقة ـ فالاظهر جواز الجمع ـ والاولى اذا اراد الجمع ان يجعل ليلتيه ليلة اخيرة من الاربع الاولى والاولى من الثانية ان لم ترض به .

اختصاص البكر عند الدخول بسبع والثيب بثلاث

ـ ٨ ـ ﴿و﴾ المشهور بين الاصحاب انه ﴿تختص البكر عند الدخول بسبع والثيب بثلاث﴾ ـ وبه صرح المحقق في الشرايع ـ ولكنه قال في النافع وتختص البكر عند الدخول بثلاث الى سبع والثيب بثلاث وتبع في ذلك الشيخ قده في كتابي الاخبار حيث قال ان اختصاص البكر بالسبع على وجه الاستحباب واما الواجب لها فثلث والكلام يقع اولا في البكر ثم في الثيب .

اما البكر ففيها طوائف من النصوص ـ منها ما يدل بالاطلاق على تفضيل البكر بثلاث ، كخبر (١) البصرى عن الصادق (ع) في الرجل يكون عنده المرئة فيتزوج الاخرى كم يجعل للتي يدخل بها قال (ع) ثلاثة ايام ثم يقسم ـ ومنها ما يدل على تفضيل البكر خاصة بثلاث ليال ـ كموثق (٢) سماعة سئلته عن رجل كانت له امرأة فتزوج عليها هل يحل له ان يفضل واحدة على الاخرى قال (ع) يفضل المحدثة حدثان عرسها ثلاثة ايام ان كانت بكرا ـ وخبر (٣) الحسن بن زياد عن ابى عبدالله (ع) في حديث قال قلت له الرجل تكون عنده المرئة فيتزوج جارية بكرا قال (ع) فليفضلها حين يدخل بها ثلاث ليال ـ ومنها ما يدل على تفضيل البكر بسبع ـ كصحيح (٤)

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب ٢ من ابواب القسم والنشوز حديث ٤-٨-٧-١-

ابن ابى عمير عن غير واحد عن محمد بن مسلم قال قلت له : الرجل يكون عنده المرئة يتزوج اخرى اله ان يفضلها قال (ع) نعم ان كانت بكرا فسبعة ايام وان كانت ثيبا فثلاثة ايام - وخبره (١) الاخر قلت لابى جعفر (ع) رجل تزوج امرئة وعنده امرأة فقال (ع) ان كانت بكرا فليبت عندها سبعا وان كانت ثيبا فثلاثا ونحوهما صحيح (٢) هشام .

والكلام تارة في ان المستفاد من النصوص هل هو الحكم الندبي كما في الحدائق والرياض بل في الحدائق لم اقف على مصرح بالوجوب مع انه قبل اسطر نقل عن الشيخ في النهاية وكتابى الاخبار القول بوجوب الثلاث وحمل عليه عبارة النافع - ام يكون الحكم على وجه الوجوب كما في الجواهر وظاهر الخلاف دعوى الاجماع عليه - واخرى في الجمع بينها .

اما الاول فمن جملة من نصوص الباب وان كان لايستفاد سوى الرجحان الا ان جملة اخرى منها ظاهرة في الوجوب لاحظ - صحيح هشام - وخبر محمد - وخبر الحسن - وغيرها - وما في بقية الاخبار من ان له ان يفضلها لايكون صريحاً بل ولا ظاهراً في الندب كي يكون قرينه على صرف هذه النصوص عن ظاهرها - وما في الرياض من انه لورود الامر في مقام الجواب عن السئوال عن جواز التفضيل لادلالة له على الوجوب لوروده في مقام توهم الحظر - يرده ان بعض النصوص وان تضمن السئوال عن انه هل له ان يفضلها - الا انه في بعضها الاخر ليس ذلك لاحظ خبر الحسن وصحيح هشام وخبر محمد فهي ظاهرة في الوجوب وبقية النصوص غير ظاهرة في خلافها فلاوجه لرفع اليد عنه فالاظهر كون الحكم لزوميا

واما الثاني فقد يقال ان الجمع بين النصوص يقتضي البناء على وجوب الثلاث وافضلية السبع حملا للمطلق منها على المقيد والناص على الظاهر كما لايخفى - ولكن الظاهر تعارض نصوص السبع في البكر مع الثلاث وليس الجمع المذكور عرفياً فان شئت ان تعرف ذلك فاجمع قوله في خبر الحسن فليفضلها حين يدخل بها ثلاث

(١-٢) الوسائل باب ٢ من ابواب القسم والنشوز والشقاق حديث -٥-٣

ليال مع قوله (ع) في صحيح هشام يقيم عندها سبعة ايام - او مع قوله (ع) في خبر محمد اذا كانت بكرا فليبت عندها سبعا وان كانت ثيبا فثلاث في كلام واحد ولاريب في ان اهل العرف يرونهما متهافتين فالمتعين هو الرجوع الى المرجحات والترجيح مع نصوص السبع - وبها يقيد اطلاق الطائفة الاولى وتختص هي بالثيب - فالاظهر ان الواجب تفضيل البكر بالسبع .

واما الثيب فلا خلاف يعتد به في انها تفضل بالثلث والنصوص المتقدمة متفقة على ذلك ، وما (١) عن العلل - في حديث ان رسول الله (ص) تزوج زينب بنت جحش فاولم واطعم الناس الى ان قال ولبث سبعة ايام بلياليهن عند زينب ثم تحول الى بيت ام سلمة وكان ليلتها وصبيحة يومها من رسول الله (ص) - لضعفه في نفسه لضعف عدة من رجال سنده وعدم عمل الاصحاب به ومعارضته مع ما تقدم لايعتمد عليه ويحمل على الاختصاص به (ص) لعدم وجوب القسم عليه وبه يظهر ما في النبوي (٢) قال (ص) لام سلمة لما تزوجها مابك على اهلك من هوان ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وان شئت ثلثت عندك ودرت .

ثم ان الظاهر كما هو المشهور بين الاصحاب انه لا يقضي للنساء الباقيات شيء من ما فضل به المحدثة حدثان عرسها - لان الظاهر من النصوص استحقاقها لذلك ، ثم الظاهر من النصوص هو اعتبار التوالي في الثلث والسبع ، لانه الظاهر من الامر بشيء في زمان مستمر - كما في اقل الحيض واكثره واقامة عشرة ايام وماشاكل - ويعضد ذلك في المقام قوله في خبر عبد الرحمان - ثلاثة ايام ثم يقسم - وفي الموثق ثلاثة ايام ثم يسوى بينهما .

ثم انه قد صرح جماعة منهم المصنف ره وصاحب الجواهر وغيرهما - بالفرق بين الحرة - والامة المسلمة والكتابية وان لهما نصف ما على الحرة - وصرح آخرون بعدم الفرق وهو الاظهر لاطلاق النصوص والفتاوي ، وما في الجواهر من انه يمكن

---

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب القسم والنشوز والشقاق حديث ٢

(٢) الخلاف ج ٢ ص ٤٢٥ كتاب القسم.

ان يكون الاطلاق هنا اتكالاعلى معلومية نقصان الامة عن الحرة الكافرة عن المسلمة حتى ورد ان الامة على النصف من الحرة والكتابية بمنزلة الامة لايكفي في تقييد الاطلاق او عدم انعقاده كمالايخفي - وعلى ذلك فلا مورد للبحث في كيفية التنصيف وانه هل يكمل المنكسر فيثبت للبكر الامة أو الكتابية اربع ليال وللثيب منهما ليلتان ـ ام يكون للبكر ثلاث ليال ونصف وللثيب ليلة ونصف كما عن المسالك والحدائق - وان كان الثاني اظهر لان المدة قابلة للتنصيف .

موارد سقوط حق القسم

(٩) يسقط حق القسم في موارد - منها السفر بمعنى ان له السفر وحده من دون استصحاب احدى منهن وليس عليه قضاء مافاتهن في السفر والظاهر ان عليـه اتفاق ألاصحاب ، وفي الجواهر للاجماع الفعلي من المسلمين على المسافرة كك مـن غير نكير ولا نقل قضاء مع اصالة عدم وجوبه بعد قصور ادلة القسم لمثله - وهو حسن - ولو اراد اخراجهن او بعضهن له ذلك اتفاقا ولا قضاء عليه للمتخلفات لانه اذا كان بالسفر حقوقهن ساقطة فما معنى القضاء ـ كان خروج المصحوبة بالقرعـة ام بدونها ـ وعن بعضهم لو صحبها بدونها قضى والا كان ميلا وظلما وخروجا عن التاسي فان عدم قضاء النبي (ص) للقرعة انتهى ـ وفيه ـ انه مع عدم حق لهن في اوقات السفر ولذا جاز انفراده لاوجه لوجوب القضاء لاصالة عدم وجوبه ـ ولافرق في ذلك كله بين الاقامة في السفر عشرة ايام وعدمها ـ للسيرة ومعها لايصغي الى ماقيل من انه بالاقامة يخرج عن اسم المسافر ، وهل هناك فرق بين سفر النقلة من مكان الى مكان آخر - وبين سفر الغيبة فيجب القضاء للبواقي لو صحب احداهن كما في القواعد او مع كون ذلك بـدون القرعة كما عن بعض ام لافرق بينهما اصلا وجهان - الاظهر هو الثاني لانـه بعـد ماسقط حقهن بالسفر للنقلة ايضاً ولذا جاز انفراده بلا كلام ولم تشمل ادلة القسم معه - لاوجه لوجوب القضاء والاصل عدمه .

ومنها - ماذا كانت الزوجة صغيرة وعدم القسمة لها هو المشهور بين الاصحاب وفى الجواهر فلا اجد فيه خلافا - وعلل ذلك بان القسمة من حقوق الزوجية وهى

بمنزلة النفقة التی تسقط بالصغر - وفيه - ان الصغيرة ان كانت غير قابلة للاستمتاع الملتذة به لاريب فی عدم شمول النصوص لها لان المبيت انما جعل حقا لها لان تلتذ وتانس وتالف - واما ان كانت قابلة لذلك فاطلاق النصوص شامل لها - وسقوط النفقة المشروطة بالدخول لو قلنابه لايوجب سقوط حقها من القسم - والشك فی شمول الادلة لمثلها - يندفع بالاطلاق فان كانت المسألة اجماعية فلا كلام والا فيشكل سقوط القسمة لها.

ومنها ماذا كانت ناشزة وهی ايضاً ادعی عدم الخلاف فی سقوط القسمة فی حقها - وعلل ذلك ايضاً بالعلة المتقدمة - والاولى الاستدلال له بالاية الكريمة (١) «واهجروهن فی المضاجع»

ومنها - ماذا كانت مجنونة والحق انها ان كانت بحيث لايكون لها شعور بالانس به فالظاهر سقوط حقها لماءر والا فلا وجه له الا اذا كانت المسألة اتفاقية.

ومنها ماذا كانت المرئة مسافرة - ونخبة القول فيها انها ان سافرت بغيراذنه فی غير واجب او ضروري فهی ناشزة وقد تقدم انه لاحق لها - وان كان ذلك باذنه اوفی سفر لايعتبر اذنه فعدم استيفاء الحق مستند اليها فلا يكون الزوج آثمافی ذلك وثبوت القضاء ح يحتاج الى دليل والاصل عدمه - وبماذكرناه يظهر مافی كلمات القوم فی المقام.

فی استحباب القرعة والتسوية

- ١٠ - ﴿و﴾ قدصرح غيرواحدمن الاصحاب بانه ﴿يستحب﴾ فی المقام امور منها - انه اذا كان للرجل نساء واراد ان يصحب بعضهن فی السفر اقرع بين نسائه فايتهن خرج اسمهن خرج بها للتاسی برسول الله (ص) فانه كان (٢) يفعل كك -

---

(١) النساء آية ٣٥.

(٢) المستدرك باب ١١ من ابواب كيفية الحكم حديث ١٣ كتاب القضاء - سنن أبی داود ج ٢ باب فی القسم بين النساء.

وهل يجوز العدول عمن خرج اسمها الى غيرها او تركها مع المتخلفات - ام لايجوز ذلك - ام يجوز تركها مع المتخلفات ولايجوز العدول الى غيرها كما عن المبسوط والوسيلة وجوه (وجه) الاول ان القرعة ليست من الملزمات والاصل جواز كلا الامرين (ووجه) الثانى انه لو جاز ذلك لانتفى فائدة القرعة (ووجه) الثالث ان القرعة لاتوجب الصحبة وانما تعين من يستحق التقديم على تقدير ارادتها - والاول اظهر بعد فرض عدم وجوب القرعة وجواز ان يصحب ايتهن شاء بدونها ولا يخفى وجهه على هذا

ومنها ﴿التسوية﴾ بين الزوجات ﴿فى الانفاق﴾ واطلاق الوجه والجماع وغير تلكم - لانه من العدل والانصاف الذين رغب فيهما شرعا كما مر - وقد روى (١) ان علياً (ع) كان له امرئتان فاذا كان يوم واحدة لا يتوضأ عند الاخرى ، وفى خبر (٢) معمر بن خلاد النهى عن عدم التسوية فانه سئل الرضا (ع) عن تفضيل نسائه بعضهن على بعض فقال (ع) لا - ولكنه محمول على استحباب التسوية لخبر (٣) الهاشمى عن الكاظم (ع) عن الرجل يكون له امرأتان يريدان يؤثر احداهما بالكسوة والعطية ايصلح ذلك قال (ع) لاباس واجهد فى العدل بينهما - ولظاهر قوله تعالى (٤) «ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولوحرصتم فلا تميلوا كل الميل» وللاجماع على عدم وجوب ذلك .

ومنها ان يكون صبيحة ذلك اليوم عند صاحبة الليل - لخبر الكرخي المتقدم في المورد السادس .

ومنها - ان لايجمع بين ضرتين في منزل واحد الا مع اختيارهن او مع انفصال المرافق - لكون ذلك من المعاشرة بالمعروف وسياسة وجلب القلوب ومراعاة لكمال العدل - وعن المصنف ره في القواعد وجوب ذلك ولاشاهد له الا اذا كان ذلك اضطراراً بهن بان لا يوفيهن حقهن قسمة وغيره - بل قوله تعالى (٥) «اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولاتضاروهن لتضيقوا عليهن» يدل على عدم الوجوب .

---

(١) الوسائل باب ٥ من ابواب القسم والنشوز حديث ٣

(٢-٣) الوسائل باب ٣ من ابواب القسم والنشوز حديث ٢-١

(٤) سورة النساء آية ١٣٠ .   (٥) سورة الطلاق آية ٧ .

في بيان النشوز

المقام الثاني في النشوز واصله لغة الارتفاع وهو في الاصطلاح عبارة عن خروج الزوج أو الزوجة عن الطاعة الواجبة عليه للاخر - ثم انه حيث قد يكون النشوز من الزوجة -واليه يشير قوله(١) تعالى «واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا» وقد يكون من الزوج واليه يشير قوله (٢) تعالى «وان امرأة خافت من بعلها نشوزا اواعراضا فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا» ، فالكلام يقع في موضعين الاول في نشوزالزوجة-الثاني في نشوزالزوج ، اما الاول فلا كلام في ان للزوج على الزوجة حقوقاً واجبة - مر بعضها - ويأتي بعضها الاخر في النفقات .

في انه يجب على الزوجة التمكين

﴿و﴾ من تلكم الحقوق انه ﴿يجب على الزوجة التمكين﴾ من الاستمتاع مع عدم المانع عقلا او شرعا وهو التخلية بينها وبينه بحيث لايختص موضعا ولا وقتا فلو بذلت نفسها في زمان دون زمان او مكان دون مكان آخر مما يسوغ فيه الاستمتاع لم يحصل التمكين ، والدليل على وجوبه مضافا الى الاجماع جملة من النصوص كخبر(٣) محمد بن مسلم عن ابى جعفر (ع) قال جائت امرأة الى النبي(ص) فقالت يارسول الله ماحق الزوج على المرئة فقال (ص) لها ان تطيعه ولا تعصيه ولا تصدق من بيته الا باذنه ولاتصوم تطوعا الا باذنه ولاتمنعه نفسها وان كانت على ظهر قتب ولا تخرج من بيتها الا باذنه الحديث- وخبر (٤) العزرمى عن الصادق (ع) عن النبي (ص) في حق الزوج على المرئة ليس لها ان تصوم الا باذنه الى ان قال

---

(١) سورة النساء آية ٣٥ (٢) سورة النساء آية ١٢٩
(٣-٤) الوسائل باب ٧٩ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه حديث ١-٢

وتعرض نفسها عليه غدوة وعشية ـ وخبر (١) ابي بصير عن الباقر (ع) قال رسول الله (ص) للنساء لاتطولن صلاتكن لتمنعن ازواجكن الى غير ذلك من النصوص ـ ولكن هذا الحكم كساير الاحكام مقيد بان لايلزم منه ضرر عليها او حرج ومشقة ـ والا فيرتفع وجوبه بقاعدة نفي الضرر والحرج .

وهل التمكين من وطئها دبرا واجب عليها على القول بالجواز ـ ام لا ـ الظاهر هو عدم وجوب التمكين ـ وقد مر في ذلك المبحث مادل على اناطة جواز وطئها دبرا برضاها فلها ان لاترضى وتمتنع من ذلك ـ ولو كان هناك مانع من الوطء دون ساير الاستمتاعات فهل يجب عليها التمكين من ساير الاستمتاعات ام لا ـ وجهان ، اظهرهما الاول لاطلاق مادل على وجوب عرض نفسها عليها وان لا تمنعها من نفسها ـ ودعوى انصرافها الى الجماع المتعذر بالفرض ممنوعة ـ فان قيل ان ساير الاستمتاعات يجب عليها التمكين منها تبعا للجماع فمع سقوط وجوب المتبوع يسقط وجوب التابع ـ قلنا ان ظاهر الادلة وجوبها في عرض وجوب الجماع لاتبعا له .

بل الظاهر وجوب مقدمات الاستمتاع عليها كالتنظيف المعتاد **﴿وازالة المنفر﴾** وما شاكل وفي الجواهر ضرورة تحقق النشوز بالعبوس والاعراض والتثاقل واظهار الكراهة له بالفعل والقول ونحوهما مما ينقص استمتاعه بها وتلذذه بها بل لاينبغي التامل في تحققه بتبرمها بحوائجه المتعلقة بالاستمتاع او الدالة على كراهتها له ، وفي محكى المسالك المراد بحوائجه التي يكون التبرم بها امارة النشوز مايجب عليها فعله من الاستمتاع ومقدماته كالتنظيف المعتاد وازاله المنفر والاستمداد بان تمتنع وتتثاقل اذا طلبها على وجه يحوج زواله الى تكلف وتعب ولا اثر لامتناع الدلال ولا للامتناع من حوائجه التي لا تتعلق بالاستمتاع اذ لايجب عليها ذلك .

---

(١) الوسائل باب ٨٣ من ابواب مقدمات النكاح حديث ١

بيان ماتستحق الزوجة بالنشوز

﴿و﴾ كيف كان فمتى ظهرت من المرئة امارات النشوز وامتنعت عن بعض مايجب عليها مثل ان تقطب في وجهه او تبرم في ما يتعلق بالاستمتاع أو تغير عادتها في ادبها جاز ﴿له ضرب الناشزة **بعد وعظها وهجرها**﴾ بلا خلاف في ذلك في الجملة والكتاب والسنة الاتيان شاهدان بذلك انما الكلام في موارد .

الاول ان جواز هذه الامور - اى الوعظ - والهجر - والضرب - هل يكون مشروطا بالنشوز - ام بخوفه بظهور اماراته مع عدم تحققه - ام يكون جواز الهجر في المضجع والوعظ مشروطا بخوف النشوز ، وجواز الضرب بالنشوز نفسه ولايجوز الا بعد تحققه وجوه واقوال - اختار المصنف ره تبعا للشيخ في المبسوط والمحقق في الشرايع وتبعهم السيد في الرياض وغيره القول الاخير (وقد استدل لجواز الامرين مع امارات النشوز بظاهر الاية الكريمة(١) «واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا» - ولعدم جواز الضرب الامع تحقق النشوز بالاجماع المحكى عن الخلاف والمبسوط وبعدم جواز العقوبة الاعلى فعل وليس بدون تحقق النشوز (واستدل) لما قبله بظاهر الاية - وعدم حجية الاجماع المنقول - والتعليل المذكور مضافا الى انه لايعتنى به في قبال ظاهر الاية ينتقض بالهجر في المضجع الذي هو تفويت لحقها الواجب ايضا فعلى ماذكر لايجوز هو ايضاً الا مع تحقق النشوز (واستدل) للاول بان المراد من الخوف في الاية العلم كقوله تعالى (١) « فمن خاف من موص جنفا» .

اقول بعد ماعرفت حقيقة النشوز وانها بماذا تتحقق (فاعلم) انه لم يعلق في الاية الكريمة الامور الثلاثة على النشوز ولا على ظهور امارته حتى يفسر بما في كلمات الفقهاء بان تتقطب في وجهه او تبرم في حوائجه او تغير عادتها في ادبها وماشاكل

---

(١) سورة النساء آية ٣٥

(٢) سورة البقرة آية ١٨٣

ذلك بل على خوف النشوز المتحقق بالاحتمال العقلائى ـ ولعل ماذكروه يصلح منشأً للاحتمال العقلائي وعليه فلا باس به وكيف كان فقد علق الاحكام المذكورة على خوف النشوز وحمله على العلم مجاز لايصار اليه الا مع القرينة المفقودة في المقام واستعماله فيه في بعض المواضع لايصلح قرينة عليه ـ فالاظهر ترتبها باجمعها على خوف النشوز ـ والاجماع على عدم الضرب بدون تحقق النشوز غير ثابت وعلى فرض الثبوت كونه تعبديا غير معلوم ـ وعدم استحقاقها العقوبة بدون المعصية لايصلح رافعا لظهور الاية ـ فالقول الثاني اظهر .

المورد الثاني في انه هل تكون تلكم الاحكام المذكورة في الاية على نحو التخيير أو الجمع أو الترتيب بالتدرج من الاخف الى الاثقل وجوه واقوال ـ وفي المقام قول رابع حكى عن المصنف في التحرير وهو انه مع خوف النشوز يقتصر على الوعظ فان نشزت ينتقل الى الهجر وان اصرت عليه ينتقل الى الضرب (اقول) ظاهر الاية الكريمة عدم الترتيب بين الثلاثة وعدم التخيير لان الواو لمطلق الجمع ـ واستدل للقول بالترتيب بانه يستفاد ذلك من ترتب افراد النهي عن المنكر ـ والايراد عليه بان الكلام في ان ذلك منها ضرورة عدم النشوز بها وعدم ثبوت حرمتها بدونه غير تام ـ فان من تلكم الادلة كما يستفاد وجوب النهي عن المنكر يستفاد وجوب المنع من ان يوجد ـ بل الواجب من النهي عن المنكر ذلك ولكن يرد عليه ان الاية ١ خص منها وانما هي في مورد خاص ـ مع انه لايكون الواجب في ذلك الباب رعاية الترتيب الكامل في جميع المراتب كما لايخفى ـ فالاظهر هو جواز الجمع وعدم الترتيب بينها .

المورد الثالث في المراد من هذه الامور المذكورة ـ اما الوعظ فالمراد به ظاهر لاخلاف فيه وهو تخويفها بالله سبحانه وذكر ماورد من حقوق الزوج على المرئة في الاخبار عن رسول الله (ص) وابنائه الاطهار عليهم السلام .

واما الهجر فقد اختلفت كلماتهم فيه ـ فعن الثقة الجليل علي بن ابراهيم القمى تفسيره بالسب ـ وعن بعض انه كناية عن ترك الجماع ـ وعن الصدوقين وابن البراج

وفي الشرايع هو ان يجعل اليهاظهره ـ وعن الشيخ في المبسوط والحلي هو ان يترك فراشها ـ قال المصنف في محكى المختلف بعد نقل الاخيرين وكلاهما عندى جائز ويختلف ذلك باختلاف الحال في السهولة والطاعة وعدمها ونقل ذلك عن المفيد ايضاً (اقول) اما الاول فيرده عدم مناسبته مع المقام وان كان السب احد معاني الهجر كما لا يخفى ـ ويرد الثاني ان حمله على ارادة المعنى الكنائي يحتاج الى دليل ـ وليس الامر دائرا بين احد من القولين الثالث والرابع كي يلزم اختيار احدهما بل مقتضى الاطلاق هو القول الاخير وورود الرواية بالاول منهما لا ينافى ذلك فانه احد الافراد قطعاً والرواية لامفهوم لها كي تدل على عدم كون غيره هجرا .

واما الضرب فقد اختلفت كلماتهم فيه ايضاً ـ فعن قوم ان الضرب يكون بمنديل ملفوف اودرة ولا يكون بسياط ولا خشب ـ وعن بعض انه بالسواك ـ وفي الشرايع ويقتصر على ما يؤمل معه رجوعها مالم يكن مدميا ولا برحا وبه صرح غيره والمراد من غير المبرح ما لا يدمي لحما ولا يهشم عظما ويكون بحيث يتالم منه المضروب ولا يوجب ضررا في بدنه ـ والاظهر هو الاخير كما هو مقتضى الجمع بين الاية الكريمة الامرة بالضرب مطلقاً والنبوي (١) المروي عن تحف العقول انه (ص) قال فى خطبة الوداع ان لنسائكم عليكم حقاً ولكم عليهن حقا حقكم عليهن ان لا يوطين الى ان قال فان فعلن فان الله تعالى قد اذن لكم ان تعطلوهن وتهجروهن في المضاجع وتضربوهن ضربا غير مبرح الخ ـ وما (٢) عن الباقر (ع) من تفسيره بالضرب بالسواك لضعفه وبعده عن حصول الغرض به دائماً ـ ومنافاته لاطلاق كلمات الاصحاب لا يكون منشئاً للفتوى ولنعم ماقاله الشهيد الثانى قال وفى بعض الاخبار انه يضربها بالسواك ولعل حكمته توهمها ارادة المداعبة والا فهذا الفعل بعيد عن التاديب والاصلاح انتهى وهو متين

---

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب النفقات حديث ٢

(٢) مجمع البيان ج ٣ ص ٤٤

في نشوز الزوج

الموضع الثاني في نشوز الزوج ﴿ولو نشز﴾ الزوج بمنع حقوقها الواجبة من قسم ونفقة ونحوهما ﴿طالبته﴾ ووعظته والا رفعت امرها الى الحاكم وكان للحاكم الزامه بها وليس لها ان تهجره ولا ان تضربه وان رجت عوده الى الحق بهما بلا خلاف لانهما متوقفان على الاذن الشرعي وليس - بل في الايتين التنبيه على تفويضهما اليه لا اليها - ولو لم يمنعها شيئا من حقوقها ولا يؤذيها بضرب ولا سب ولكنه يكره مصاحبتها فلا يدعوها الى فراشه او يهم بطلاقها فلاشيء عليه ﴿ولها﴾ ح ﴿ترك بعض حقها او كله﴾ من قسمة او نفقة ﴿استمالة﴾ له ﴿ويحل﴾ له ﴿قبوله﴾ بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه كذا في الجواهر - ويشهد به نصوص كصحيح (١) الحلبي او حسنه عن الصادق (ع) عن قول الله عزوجل وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فقال (ع) هي المرئة تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها اني اريد ان اطلقك فتقول له لاتفعل اني اكره ان يشمت بي ولكن انظر في ليلتي فاصنع بها ماشئت وماكان سوى ذلك من شيء فهو لك ودعني على حالتي فهو قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا وهذا هو الصلح - وخبر (٢) علي بن ابى حمزة عن ابى الحسن (ع) عن قول الله عز وجل وان امرأة خافت الخ قال (ع) اذا كان كك فهم بطلاقها فقالت له امسكني وادع لك بعض ماعليك واحللك من يومي وليلتي حل له ذلك ولاجناح عليهما - ونحوهما - اخبار (٣) ابى بصير - وزيد الشحام - والبزنطي - وزرارة .

ثم ان هذه النصوص وان اختصت بجواز قبوله ماتبذله له من حقوقها في مقابل مايريد فعله معها مما هو غير محرم عليه كطلاق ونحوه وتدل على ان هذا هو المراد من الاية الكريمة لكنه لامفهوم لها كي تدل على عدم جواز قبوله ماتبذله بازاء فعله

(١-٢-٣-) الوسائل باب ١١ من ابواب القسم والنشوز والشقاق حديث ١-٢-٣-٤-٦-٧

معها مايحرم عليها ـ وعليه فيرجع فيه الى مايقتضيه القاعدة وقد مر في القسم انلها اسقاط حقها كله او بعضه ويجوز له قبوله ـ كما يجوز ان تسقطه بعوض فراجع

في الشقاق

المقام الثالث في الشقاق وهو مصدر على وزن فعال من الشق بالكسر الناحية او من الشق بمعنى التفرق الذي منه شق فلان العصا اي فارق الجماعة وانشقت العصااي تفرق الامر ﴿و﴾هوفي الاصطلاح ما ﴿لو كره كل منهما صاحبه﴾ والحكم فيه هو بعث حكمين بالتفصيل الاتي والاصل في هذا الحكم ، الاية (١) الكريمة «وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيرا» وجملة من النصوص، كموثق (٢) سماعة عن ابى عبد الله (ع) عن قول الله عز وجل فابعثوا حكماً من اهله وحكما من اهلها ارايت ان استاذن الحكمان فقالا للرجل والمرئة الستماقد جعلتما امركما الينا في الاصلاح والتفريق فقال الرجل والمرئة نعم فاشهدا بذلك شهودا ايجوز تفريقهما عليهما قال (ع) نعم ولكن لايكون ذلك الا على طهر من المرئة من غير جماع من الزوج قيل له ارأيت ان قال احد الحكمين قد فرقت وقال الاخر لم افرق بينهما فقال (ع) لايكون التفريق حتى يجتمعا جميعاً على التفريق فاذا اجتمعا جميعاً على التفريق جاز تفريقهما وخبر (٣) علي بن ابى حمزة سئلت العبد الصالح (ع) عن قول الله تبارك وتعالى وان خفتم شقاق الخ ـ فقال (ع) يشترط الحكمان ان شائا فرقا وان شائا جمعا ففرقا او جمعا جاز ـ ونحوه خبر (٤) ابي بصير عن الصادق (ع) ـ وصحيح (٥) محمد بن مسلم عن احدهما (ع) قال سئلته عن قول الله فابعثوا الخ قال (ع) ليس للحكمين ان يفرقا حتى يستامرا ونحو خبره (٦) الاخر عن الباقر (ع) ـ وصحيح (٧) الحلبى

---

(١) سورة النساء آية ٣٦
(٢-٦) الوسائل ، باب ١٣ من ابواب القسم والنشوز والشقاق حديث ١-٢
(٣-٧) الوسائل باب ١٠ من ابواب القسم والنشوز والشقاق حديث ٢-١ .
(٤-٥) الوسائل ، باب ١٢ من ابواب القسم والنشوز والشقاق حديث ٢-١

عن ابى عبد الله (ع) قال سئلته عن قول الله عز وجل فابعثوا الخ - قال (ع) ليس للحكمين ان يفرقا حتى يستامرا الرجل والمرئة ويشترطان عليهما ان شائا جمعاوان شائا فرقا فان جمعا فجائزوان فرقا فجائز -وخبر (١) زيد الشحام عن ابى عبدالله (ع) في قوله تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها قال (ع) ليس للحكمين ان يفرقا حتى يستامرا الرجل والمرئة - ونحوه خبر (٢) دعائم الاسلام - وخبر (٣) الحلبي عنه (ع) ويشترط عليهما ان شائا جمعا وان شائا فرقا فان جمعا فجائز وان فرقا فجائز -وخبر (٤) فضالة - فان رضيا وقلداهما الفرقةففرقافهو جائز -وخبر (٥) عبيدة قال اتى علي بن ابي طالب (ع) رجل وامرأة مع كل واحدمنهما فئام من الناس فقال علي (ع) ابعثوا حكما من اهلها وحكما من اهله ثم قال للحكمين هل تدريان ماعليكما ان رأيتما ان تجمعا جمعا وان شئتما ان تفرقا فرقتما فقالت المرئة رضيت بكتاب الله على ولي فقال الرجل اما في الفرقة فلا فقال علي (ع) لاتبرح حتى تقر بما اقرت به - ونحوه خبر (٦) دعائم الاسلام ، وقريب منهما مارواه (٧) علي بن ابراهيم في تفسيره الا انه قال بعد مالم يرض الزوج بالفرقة فاوجب عليه نفقتها ومنعه ان يدخل عليها .

وتمام الكلام فيما يستفاد من هذه النصوص والاية الشريفة من الاحكام بالبحث في جهات .

(١) هل الشقاق يتحقق بكراهة كل منهما صاحبه ولو لم يمتنع كل منهما من حقوق الاخر كما هو ظاهر المتن والنافع والحدائق والجواهر وغيرها - ام يعتبر في تحققه النشوز منهما كما هو ظاهر الشرايع - وجهان ليس في شيء من الاخبار المتقدمة مايشهد باحدهما - والظاهر صدقه مع كل من الامرين ، ولكن في خبر (٨)

(١-٣-٤-٥) الوسائل باب ١٣ من ابواب القسم والنشوز والشقاق حديث ٣-٤-٥-٦

(٢) المستدرك باب ١٠ من ابواب القسم والنشوز والشقاق حديث ١

(٦-٧) المستدرك باب ١١ من ابواب القسم والنشوز والشقاق حديث ١-٢

(٨) الوسائل ، باب ١١ من ابواب القسم والنشوز والشقاق حديث ٥ .

زرارة عن ابي جعفر (ع) واذا نشز الرجل مع نشوز المرئة فهو الشقاق الا انه لا يدل على الحصر .

-٢- ان المراد بخوف الشقاق في الاية هل هو خشية الشقاق كما هو ظاهر اللفظ وعن الطبرسي في مجمع البيان والسيد في المدارك - او العلم به كما عن الشهيد الثاني في المسالك - اويقال كما في الرياض ان الشقاق انما يتحقق مع تمام الكراهة بينهما فيكون المراد بالاية انه اذا حصلت كراهة كل منهما لصاحبه وخفتم حصول الشقاق بينهما فابعثوا - او يقال كما عن كشف اللثام احتماله ان الموضوع هو اصرار شدة الشقاق بينهما والتأدى الى التساب والتهاجر والتضارب وجوه ، والاخير لاوجه له اصلا - وما قبله يحتاج الى تقدير لاشاهد له - وما قبله خلاف الظاهر واما خبر زرارة المتقدم واذا نشز الرجل مع نشوز المرئة فهو الشقاق - فهو يفسر الشقاق نفسه والموضوع للاحكام الاتية التي تضمنها الاية الشريفة خوف الشقاق فاذاً الاظهر هو الاول ويؤيده ماقيل من ان الغرض من بعث الحكمين هو الاصلاح بينهما باجتماع او فرقة ، ومتى كان الشقاق معلوما علم انه لا يمكن الاصلاح بالاجتماع فتأمل .

في ان باعث الحكمين هو الحاكم

- ٣ - اختلفت كلمات القوم في المخاطب في الاية الكريمة بالامر بانفاذ الحكمين وانه هل هو الحاكم الشرعى كما في الشرايع وعن القواعد وفي المتن حيث قال ﴿ **انفذ الحاكم حكمين من اهلهما او اجنبيين** ﴾ ونسبه الشهيد الثاني الى الاكثر - او هو الزوجان كما عن الصدوقين وفي النافع - أو أهل الزوجين - أو ان الامام يأمر الزوجين ان يبعثا كما عن الاسكافي .

والاظهر هو الاول لان ظاهر الاية الشريفة كون المخاطب غير الزوجين اذ لو كانا هما المخاطب كان اللازم تساوى الضمائر من حيث الحضور والغيبة والتثنية والجمع ويقال وان خفتم الشقاق بينكما فابعثوا حكمين من اهلكما - فمن اختلاف

الضمائر يعلم كون المخاطب بالبعث غير الزوجين والمتيقن منه الحاكم الشرعي ولاينافيه شيء من النصوص فان جملة منها وان تضمنت لزوم استيمارهما - وفي موثق سماعة - الستما قد جعلتما امر كما الينا في الاصلاح والتفريق - وفي غيره مايقرب ذلك - الا انه لاتنافي بين كون الباعث هو الحاكم الشرعي ويعتبر استيمارهما - مع ان اعتبار الاستيمار انما هو في خصوص الطلاق كما يأتي - فالاظهر اعتبار بعث الحاكم .

- ٤ - صرح جماعة بان البعث واجب لظاهر الامر - ولكون ذلك من الامور الحسبية التي نصب الحاكم لامثالها - ومن الامر بالمعروف الذي وجوبه من البديهيات وعن التحرير القول بالاستحباب - واستدل له بالاصل - وظهور الامر في الارشاد - على انه من الامور الدنيوية التي لاتظهر ارادة الوجوب منه فيها - ويظهر ضعفه مماذكرناه

- ٥ - هل يعتبر ان يكون الحكمان من اهلهما كما عن المصنف في المختلف وسيد المدارك والحلي وفي الرياض - ام يجوز ان يكونا اجنبيين كما في المتن والشرايع والنافع والجواهر وعن المبسوط والوسيلة وغيرهما وجهان - ظاهر الاية الكريمة هو الاول وايده المصنف ره بان الاهل اعرف بالمصلحة من الاجانب (واستدل) للثاني - بعدم اعتبار القرابة في الحكومة والغرض يحصل بالاجنبي كما يحصل بها - وبأن الاية مسوقة للارشاد - وبظهور النصوص من جهة عدم التقييد - وبعموم الحكم للزوجين ذوي الاهل وغيرهما ، (ولكن) يرد الاول ان هذه التعليلات لاتسمع في مقابل ظواهر الادلة - ويرد الثاني ان الظاهر من الامر كونه نفسيا لا ارشاديا - مع ان كونه ارشاديا لايلازم التعدي عن مورده - ويرد الثالث ان النصوص متعرضة لبيان الاحكام بعد تعيين الحكمين ولا اطلاق لها من الجهة المبحوث عنها - ويرد الرابع اولا ندرة وجود الزوجين الذين لا اهل لهما - وثانيا ان لازم التقييد بكون الحكمين من اهلهما تقييد الموضوع بالزوجين الذين لهما اهل كما هو الشان في نظائر المقام - فالاظهر هو اعتبار كون الحكمين من اهلهما - هذا مع انه المتيقن وليس لاجزاء غيره دليل والاصل يقتضي عدمه .

فی ان بعث الحکمین علی سبیل التحکیم أو التوکیل

-٦- المشهور بین الاصحاب ان بعث الحکمین انماهو علی سبیل التحکیم لا التوکیل بل عن ظاهر السرائر وفقه القرآن الاجماع علیه وعن المبسوط انه مقتضی المذهب وهو الاظهر-لظاهر الکتاب حیث سماهما الحکمین -وکذا في السنة - ولانه مقتضی خطاب غیر الزوجین ببعثهما فان المخاطب في التوکیل هو الزوجان ولانهما ان رأیا الاصلاح فعلاه من غیر استیذان ویلزم مایشترطانه علیهما . ولو کان توکیلا لم یقع الا مادل علیه لفظهما ، واستدل للقول الاخر بأن البضع حق للزوج والمال حق للزوجة وهما رشیدان بالغان فلا یکون لاحدهما ولایة علیهما فلایکونان الا وکیلین- وبانه لایعتبر في الحکمین في المقام الاجتهاد والفقه قطعا فلو کانا غیر وکیلین وعلی سبیل التحکیم کان اللازم اعتبار الفقه اذ لاحکم لغیر الفقیه اتفاقا - ویرد علی الاول انه لامانع من الحکم علي البالغ الرشید اذا امتنع عن قبول الحق - ویرد علی الثاني - اولا ان الحاکم في الحقیقة هو الحاکم الشرعی الذي بعثهما فهما بمنزلة الوکیلین عنه-وثانیاأن محل الحکم حیث یکون جزئیا لامانع من تفویض امره الی الاحاد - وعلی ای تقدیر لا مورد لهذه الکلمات فی مقابل ظهور الادلة فالاظهر انه علی سبیل التحکیم .

٧ - لاخلاف علی الظاهر بینهم في ان الحکمین یتبع نظرهما في الصلح بلا توقف علی شيء ﴿فان رأیا الصلح اصلحا﴾ فانه مقتضی تحکیمهما ﴿و﴾ انما الخلاف في انه ﴿ان رأیا الفرقة﴾ بطلاق او خلع فالمشهور بین الاصحاب انهما ﴿راجعاهما فی الطلاق والبذل﴾ اي لایصح الطلاق بدون رضاء الزوج ولا البذل بدون رضاء الزوجة ان کان خلعا-وقیل لایعتبر اذنهما -والحق ان یقال ان المستفاد من الاخبار ، اعتبار أحد الامرین فی الطلاق اما اشتراط الحکمین علیهما ذلك من اول الامر - او الاستیذان منهما فی الطلاق والبذل حین ما یریدا ذلك ان اطلقا ولم یشترطا الطلاق من الاول ولعل کلام المشهور حیث قالوا باعتبار الاستیذان منزل

على صورة الاطلاق ـ وكيف كان فيشهد للاول موثق سماعة حيث لم يعتبر بعد الاشتراط الا كونها على طهر من غير جماع لو اراد الطلاق ومثله خبر ابي بصير وخبر علي بن أبي حمزة وخبر الحلبي وأصرح من الجميع خبر فضالة ، ويشهد للثاني خبرا أبي مسلم ـ ورواية زيد وغيرها ـ واما صحيح الحلبي فان كان بنحو العطف بأو في قوله ويشترطا كان الخبر دالا على كفاية أحد الامرين ـ وان كان بنحو العطف بواو كما هو الموجود في النسخ ـ فالظاهر كون قوله ويشترطا تفسيراً لقوله يستأمرا الرجل والمرئة لادالا على اعتبار الامرين معاً لعدمه اتفاقاً ولكونه خلاف الظاهر ـ فالاظهر كفاية أحد الامرين (ودعوى) انه ينافي مادل على ان الطلاق بيد من اخذ بالساق (مندفعة) بان تخصيص العام غير عزيز ـ مع انه باشتراطه عليهما قد وقع الطلاق باذنه فتدبر .

٨ ـ ﴿و﴾ لا خلاف ايضاً بينهم في انه ﴿لا حكم مع اختلافهما﴾ اي اختلاف الحكمين ـ ويشهد به الاصل واختصاص النصوص بصورة الاتفاق ـ وعدم جواز الترجيح بلا مرجح ـ نعم لحكم الرجل ان يطلق بغير عوض ان اذن له الرجل في ذلك ـ لان حكم المرئة لاصنع له بالطلاق .

٩ ـ بناء على التحكيم لو بعث الحاكم الحكمين فغاب الزوجان او احدهما ـ فعن المبسوط لم يجز الحكم لانه حكم على الغائب ولا يجوز ، ولكن الاظهر هو الجواز كما في الشرايع اذ لا دليل على عدم جواز الحكم للغائب وعليه في المقام ـ ومقتضى اطلاق الادلة جوازه ـ وعدم جواز حكم الحاكم على الغائب في بعض الموارد لا يستلزم ذلك في المقام ـ فان قيل ـ انه مع الغيبة يحتمل ارتفاع الشقاق بينهما فلا مورد للحكم ـ قلنا ـ اولا يستصحب بقائه ـ وثانياً انه خروج عن محل البحث وهو الحكم عليهما من حيث الغيبة خاصة .

١٠ ـ اذا اشترط الحكمان عليهما او على احدهما شروطا وجب الوفاء به لالعموم(١) المسلمون عند شروطهم فانه في اشتراط الانسان على نفسه ولايشمل مالو اشترط على غيره بل لاطلاق ادلة الباب ـ نعم ـ اذا كان الشرط غير مشروع كان باطلا لان المحرم لايحل بشرطهما ـ وهو واضح .

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار كتاب التجارة

في لحوق الاولاد بالاباء وما يشترط فيه

﴿الفصل التاسع في احكام الاولاد﴾ وتنقيح القول فيها بالبحث في مقامات - الاول في الحاق الاولاد بالاباء وبيان ما يشترط في ذلك - الثاني في احكام الولادة وسننها - الثالث في الرضاع - الرابع في الحضانة - اما المقام الاول فالكلام فيه في طي مسائل .

الاولى لا كلام ولا اشكال في انه ﴿يلحق الولد في﴾ الموطوئة بالعقد ﴿الدائم﴾ بالزوج ﴿مع﴾ اجتماع شروط ثلاثة - احدها ﴿الدخول﴾ بلا خلاف فيه في الجملة - والاخبار الاتية شاهدة به - انما الكلام في موردين - الاول فيما اذا دخل بها قبلا وعلم عدم الانزال او دخل بها دبراً مع العلم بعدم جذب الرحم المني بوجه - فان المشهور بين الاصحاب الحاق الولد بالزوج - ولكن المحكي عن جماعة في الوطء دبرا او في الوطء قبلا مع العلم بعدم الانزال وعدم سبق المني او فيهما عدم الالحاق منهم الحلي في السرائر والمصنف في التحرير والشهيد الثاني في الروضة والسيد في المدارك وسيد الرياض وصاحب الحدائق والمحقق اليزدي وغيرهم وهو الاظهر - اذ مع العلم بعدم خروج المني منه او عدم دخوله في فرجه يعلم بانتفاء الولد وعدم كونه منه فكيف يلحق به ، اللهم الا ان يتم ما افاده في الجواهر قال مع فرض امكان سبق المني وعدم الشعور به لا سبيل ح القطع بنفي الاحتمال ولو بعيداً مع تحقق مسمى الدخول على انه يمكن التولد من الرجل بالدخول وان لم ينزل ولعله لتحرك نطفة الامرأة واكتسابها العلوق من نطفة الرجل في محلها او غير ذلك ، ولكنه كما ترى فان الاول خلاف الفرض مع انه لايتم في الوطء في الدبر خصوصاً مع عدم الانزال - والثاني باطل وتمسكه له بقاعدة الفراش(١) باطل فانها قاعدة مضروبة لمقام الشك في كون الولد للزوج بعد تحقق الفراش فلو علم بعدم الانزال وعدم سبق المني لا مورد لها .

---

(١) الوسائل باب ٥٦ و ٥٨ و ٧٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء ، وباب ٩ من اللعان وباب ٨ من ميراث الملاعنة ، الوافي ج ١٢ ص ٢١٤ باب الحاق الولد بصاحب الفراش .

ويدل على انه لاعبرة بمجرد الدخول في الالحاق خبر(١) ابى البختري عن جعفر بن محمد عن ابيه عن علي (ع) قال جاء رجل الى رسول الله (ص) فقال كنت اعزل عن جارية لي فجائت بولد فقال (ص) الوكاء قد ينفلت فالحق به الولد اذ لو كان مجرد الدخول كافيا في الالحاق لماكان وجه لهذا التعليل الذي هو كناية عن ان المنى ربما يسبق من غير انيشعر به ، فالمتحصل ان الدخول الذي يكون شرطا للالحاق هو ماذا احتمل معه خروج المنى وجذب الرحم اياه واما مع العلم بعدم السبق فلا عبرة به .

الثاني ما اذا لم يدخل بها ولكن انزل على فرجها فان المعروف من مذهب الاصحاب ان معه يلحق به الولد - ويشهد به خبر(٢) ابى البخترى عن جعفر بن محمد عن ابيه ان رجلا اتى علياً (ع) فقال ان امر اتى هذه حامل وهي جارية حدثة وهي عذراء وهي حامل في تسعة اشهر ولا اعلم الاخيرا وانا شيخ كبير ماافترعتها وانها لعلى حالها فقال له علي (ع) نشدتك اليه هل كنت تهريق على فرجها قال نعم الى ان قال علي - وقد الحقت بك ولدها الحديث ونحوه (٣) ماروواه المفيد عن نقلة الاثار من العامة والخاصة .

﴿ و ﴾ ثاني الشروط ﴿ **مضى ستة اشهر من حين الوطء** ﴾ فلا عبرة بالاقل في الولد الكامل كتابا وسنة مستفيضة او متواترة واجماعا محكياً كك كذا في الجواهر بل في الرياض اجماعا من المسلمين كافة وستأتي جملة من تلكم النصوص

اقصى مدة الحمل

﴿ و ﴾ ثالثها ﴿ **وضعه لمدة الحمل** ﴾ اجماعا من المسلمين كافة كما في الرياض ﴿ **وهى ستة اشهر الى عشرة** ﴾ في الولد الكامل عند الشيخ فى المبسوط والمصنف في اكثر كتبه والمحقق في الشرايع - والاصحاب بعدما وافقوهم في الاقل خالفوهم

(١-٢) الوسائل ، باب ١٥ من ابواب احكام الاولاد حديث ١
(٣) الوسائل باب ١٦ من ابواب احكام الاولاد حديث ١-٢

في اقصى المدة ـ فان المشهور بينهم ان اقصى مدة الحمل تسعة اشهر لاعشرة بل عن بعضهم دعوى الاجماع عليه ـ وعن جماعة منهم السيد المرتضى في الانتصار والمصنف في المختلف وابو الصلاح والشهيد الثاني في المسالك وسبطه في المدارك وصاحب الكفاية ان اقصى المدة سنة ـ فالاقوال ثلاثة ـ وقد استدل للقول الاخير ـ بجملة من النصوص.

منها خبر (١) غياث عن جعفر عن ابيه عليهما السلام ادنى ماتحمل المرئة لستة اشهر واكثر ماتحمل لسنة ـ قال بعض المحدثين في بعض النسخ واكثر ما تحمل لسنتين اقول الخبر مروى في الوسائل بلفظ سنتين ـ ولم يذكر غيره ـ وعلى هذا فلابد من حمل الخبر على التقية اذلم يقل احد من اصحابنا بان اقصاه سنتين.

ومنها صحيح (٢) عبد الرحمان بن الحجاج سمعت ابا ابراهيم (ع) يقول اذا طلق الرجل امرئته فادعت حبلا انتظر بها تسعة اشهر فان ولدت والااعتدت بثلاثة اشهر ثم قد بانت منه ـ ونحوه خبر (٣) محمد بن حكيم عن ابى الحسن (ع) قال قلت له المرئة الشابة التي تحيض مثلها يطلقها زوجها فيرتفع طمثها كم عدتها قال (ع) ثلاثة اشهر قلت فانها ادعت الحبل بعد ثلاثة اشهر قال عدتها تسعة اشهر قلت فانها ادعت الحبل بعد تسعة اشهر فقال انما الحمل تسعة اشهر قلت تتزوج قال (ع) تحتاط ثلاثة اشهر قلت فانها ادعت بعد ثلاثة اشهر قال لا ريبة عليها تزوجت ان شائت وقد استدل بهما السيد في محكى المدارك لهذا القول ـ قال والظاهر ان المراد بقوله الحبل تسعة اشهر ان الغالب فيها ذلك ثم امرها بالاحتياط ثلاثة اشهر وذلك مجموع السنة ـ واورد عليه في الحدائق والجواهر بان الثلاثة اشهر بعد التسعة في الخبرين انما هو للتعبد لالاحتمال بقاء الحمل ـ وبعبارة اخرى هى عدة شرعية نظير عدة من مات زوجها قبل عشر سنين من مفارقتها وما شاكل ـ وايده صاحب الحدائق بموثق سماعة الاتي الدال على انها تعتد ثلاثة اشهر بعد مضى السنة اذ لو كان ذلك لتحصيل اقصى الحمل لزم منه كون اقصاه خمسة عشر شهرا وهو باطل بالضرورة (اقول ماذكراه يتم فى صحيح عبد الرحمان لكنه لايتم فى خبر محمد بن حكيم فان قوله (ع)

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب احكام الاولاد حديث ١٥
(٢-٣) الوسائل باب ٢٥ من ابواب العدد حديث ١-٢

تحتاط ثلاثة اشهر بضميمة قوله (ع) لاريبة عليها فيما بعد مضى السنة كالصريح فى ان عدم التزويج فى الثلاثة اشهر بعد تسعة اشهر انما هو لاحتمال الحمل لا للتعبد الشرعى أو لغيره من الحكم - وعليه فيتعين حمل قوله انما الحمل تسعة اشهر على انه الاغلب - وبه يظهر مافي الجواهر من دعوى صراحتهما من ان الاقصى تسعة اشهر .

ومنها خبر (١) اخر لابن حكيم عن العبد الصالح (ع) قال قلت المرئة الشابة التي تحيض مثلها يطلقها زوجها - الى ان قال فانها ارتابت قال عدتها تسعة اشهر قلت فانها ارتابت بعد تسعة اشهر قال انما الحمل تسعة اشهر قلت فتتزوج قال تحتاط بثلاثة اشهر قلت فانها ارتابت بعد ثلاثة اشهر قال (ع) ليس عليها ريبة تتزوج ومثله خبره (٢) الثالث عن ابى عبد الله او ابى الحسن (ع) والكلام فيهما استدلالا وايرادا وجوابا مافي سابقهما .

ومنها خبر (٣) ابان عن ابن حكيم عن ابى ابراهيم او ابنه (ع) انه قال في المطلقة يطلقها زوجها فتقول انا حبلى فتمكث سنة فقال ان جائت به لاكثر من سنة لم تصدق ولو ساعة واحدة في دعواها - وهو بالمفهوم يدل على انه ان جائت به لسنة او اقل تصدق فهو كالصريح في ان اقصى المدة سنة (ويؤيدها) ماعن المدارك قال وذكر جدى انه وقع في زمانه في بعض النساء تاخر حملهن سنة وحكى لنا في هذا الزمان انه وقع ذلك ايضاً في بعض نساء بلدنا .

وبازاء تلكم نصوص تدل على ان اقصى الحمل تسعة اشهر - منها خبر (٤) محمد بن حكيم قال سألت ابا الحسن (ع) فقلت المرئة التي لا تحيض مثلها ولم تحض كم تعتد قال ثلاثة اشهر قلت فانها ارتابت قال (ع) تعتد آخر الاجلين تعتد تسعة اشهر قلت فانها ارتابت قال (ع) ليس عليها ارتياب لان الله عز وجل جعل للحبل وقتا فليس بعده ارتياب - لكن الاستدلال به متوقف على عدم ارادة تسعة اشهر بعد ثلاثة اشهر والا فهو من ادلة القول الاول - وهو محتمل فالخبر مجمل لايصح الاستدلال به ، ومنها مرسل (٥) عبد الرحمان بن سيابة عمن حدثه عن ابى جعفر (ع)

(١-٢-٣) الوسائل باب ٢٥ من ابواب العدد حديث ٤-٥-٣
(٤) الوسائل باب ٤ من ابواب العدد حديث ١٨
(٥) الوسائل باب ١٧ من ابواب احكام الاولاد حديث ٣

عن غاية الحمل بالولد في بطن امه كم هو فان الناس يقولـون ربما بقي في بطنها سنتين فقال (ع) كذبوا اقصى مدة الحمل تسعة اشهرولا يزيد لحظة ولو زادساعة لقتل امه قبل ان يخرج، ولكنه مضافا الى ضعف سنده بالارسال ان المسئول عنه فيه مدة الحمل بالولد ومن المعلوم عدم صدق الولد ما دام كونه علقة ومضغة فصدق الولد يتوقف على مضى ثلاثة اشهر فاذا كان اقصى مدة الحمل بالولد تسعة اشهر كان اقصى مدة الحمل من بدومايكون نطفة سنة ـ ويؤيد ذلك قوله ولو زاد ساعة لقتل امه قبل ان يخرج امه لانه ان كان المراد بيان اقصى مدة الحمل المطلق كان هـذا مخالفا للوجدان حيث ان الغالب هو التجاوز عن التسعة بايام ،فهذا الخبر ايضاًمن ادلة القول بالسنة ـ ومنها خبر (١) ابان عن الصادق (ع) ان مريم حملت بعيسى تسع ساعات كل ساعة شهرا ـ وفيه انه ليس في مقام بيان الحكم بل في مقام بيان كيفية حمل مريم ـ فالمتحصل مما ذكرناه تطابق النصوص على ان اقصى المدة سنة

واما القول بانه عشرة اشهر فلم نقف له على مستند وان حكى عن جماعة منهم ابن حمزة ان به رواية .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿**لو غاب**﴾ الزوج ﴿**او اعتزل اكثر من عشرة اشهر**﴾ على القول بانها اقصى المدة واكثر من السنة على المختار ﴿**ثم ولدت لم يلحق به**﴾ الولد كما يظهر وجهه مما تقدم .

حكم ما لو اختلفا فى الدخول

الثانية لو اختلفا في الدخول ـ اي الوطء الموجب لالحاق الولد وعدمـه فادعته المرئة ليلحق به الولد ﴿و﴾ انكر الرجل ف﴿**القول قوله فى عدم الدخول**﴾ لاصالة عدم الدخول ولانه من فعله فيقبل قوله فيه هكذا ذكره الاصحاب ـ ولكن يمكن ان يقال انه ان كان ذلك بعد ما خلابها يقدم قول الزوجة لظهور الخلوة في الدخول ـ والدليل على حجية هذا الظهور وتقدمه على الاصل النصوص (٢) الواردة في تنصيف

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب احكام الاولاد حديث ٧
(٢) الوسائل ، باب ٥٥ من ابواب المهور

المهر بالطلاق قبل الدخول الدالة على انه انخلابها يجب عليه تمام المهر المتقدمة في تلك المسئلة وقد عرفت انها محمولة على الظاهر وارادة ان الخلوة طريق الى الدخول - بل هناك روايات (١) تدل على انه مع الخلوة لايسمع قولهما في عدم الدخول - فمع الخلوة يقدم قولها - واما بدونها فان كانت المرئة بكرا - يرجع الى النساء وينظر اليها من يوثق به من النساء فان لم تكن كما دخلت عليه يحكم بالدخول كما دل على ذلك النص (٢).

ولو اتفقا على الدخول ولكن الزوج انكر الولادة وادعى انها جائت بالولد من الخارج فالقول قول الزوج لاصالة عدم الولادة.

ولو اتفقا على الدخول وعلى الولادة واختلفا في مضى اقصى مدة الحمل بان ادعى الزوج انها جائت بالولد بعد مضى اكثر من سنة من حين الدخول وادعت المرئة عدم مضى تلك المدة فالظاهر ان القول قول الزوجة لاصالة عدم زيادة المدة وعدم مضيها فيدخل المقام بذلك تحت مادل على الحاق الولد بالزوج مع اجتماع الشرائط.

ولو اتفقا على الدخول وعلى الولادة واختلفا في مضى اقل مدة الحمل وادعى الزوج ولادته لدون ستة اشهر من حين الوطء وادعى الزوجة مضى اقل المدة - فمقتضى اصالة عدم انقضاء مدة الحمل هو تقديم قول الزوج - وقد علله الشهيد الثاني في محكى المسالك بوجه آخر وهو ان مآل هذه الدعوى اي دعوى عدم مضى تلك المدة الى دعوى الدخول فانه اذا قال لم تمض ستة اشهر من حين الوطء فمعناه انه لم يطء قبل هذه المدة وانما وطء في انتهائها فكما ان قوله يقدم في عدم الدخول لاصالة عدمه فكذا هنا لاصالة عدم تقدمه لاشتراكهما في تعليل الاصل انتهى.

وقد استدل لتقديم قولها بوجوه - الاول - ما في الجواهر وهو اصالة لحوق الولد بالوطء المحترم حتى يتبين فساد ذلك وهي قاعدة اخرى غير قاعدة الولد

---

(١) الوسائل، باب ٥٦ من ابواب المهور

(٢) الوسائل، باب ٥٧ من ابواب المهور، حديث ١.

للفراش ولو لكونها اخص منها وح فمتى تحقق الوطء حكم شرعا بلحوق الولد الا اذا علم العدم بالوضع لاقل الحمل او لغير ذلك ففي الفرض تكون المرئةمنكرة لموافقة قولها لهذه القاعدة (وفيه) ان النصوص المحددةلاقل مدة الحمل تدل على اعتبار مضى المدة المزبورة في الالحاق وان بدونه لايلحق الولد فكما انه لو علم بالوضع لاقل المدة لامجال للتمسك بالاصل المزبور - كك لو شك فيه وجرى استصحاب عدم المضى - وان شئت قلت ان الاستصحاب لكونه جاريا في الموضوع يكون حاكما على تلك القاعدة.

الثاني ما في الجواهر ايضاً وغيرها - وهو ان قاعدة(١) الولد للفراش تدل على ذلك - وهي قاعدة مضروبة لحالة الشك - وشيد هذا الوجه المحقق اليزدي بان هذه القاعدة في طول القاعدة المستفادة من النصوص المحددة لاقل مدة الحمل واقصاها التي هي مضروبة لحال الشك في الفجور ولا نظر لها الى الشك في المدة - وهذه القاعدة اسست لحالة الشك مطلقاً قال ويؤيد ذلك انه لو كانت تلكم النصوص في مقام تقييد الولد للفراش ولم تكن قاعدة مستقلة للزم لغوية قاعدة الولد للفراش او كونها قليل المورد (اقول) لااشكال في ان قاعدة الولد للفراش قاعدة مضروبة في حالة الشك والاحتمال - وعدم احراز كون الولد متكونا من ماء الزوج - واما النصوص المحددة لاقل مدة الحمل ولاقصاها فانما هي في مقام بيان حكم واقعي وان الولد لايكون في اقل المدة ملحقا - ويحرز بها عدم الالحاق وهي موجبة للعلم بعدم الالحاق واما انه اذا كان الولد بعد مضى اقل المدة وقبل مضى اقصاها فهل الولد ملحق بالزوج ام لا فتلكم النصوص اجنبية عن بيانه - ولو تضمن بعضها لذلك ايضا فهو امر آخر ويكون مفاده مفاد قاعدة الفراش ح ، وبهذا يظهر امران :

١ - ان اصالة عدم مضى تلك المدة بضميمة تلكم النصوص حاكمة على قاعدة الفراش لارتفاع موضوعها وهو الشك - ٢ - انه يبقى موارد كثيرة لقاعدة الفراش مع تقييدها بتلكم النصوص ، فانها في كل مورد شك في الفجور وكانت الولادة بعد

---

(١) راجع ص ١١٧

الدخول وقبل مضي اقصى المدة وبعد مضي اقلها لما عرفت من ان تلكم النصوص لانظر لها الى الالحاق وانما هي في مقام بيان موارد عدم الالحاق وموارد امكان الالحاق .

الثالث ماعن كشف اللثام من ان العلوق بالولد من فعلها فيرجع اليها فيه فيقدم قولها مطلقا (وفيه) ان العلوق بالولد ليس من فعلها بل من فعل الله تعالى .

الرابع ماذكره سيد الرياض من ان الاصل الذي مع الزوج معارض باصالة عدم موجب للحمل لها غير دخوله (وفيه) انه ان اراد به الاصل الذي ذكره صاحب الجواهر وهو الوجه الاول فيرد عليه ماتقدم وان اراد به الاستصحاب فهو لا يثبت كون الولد من دخوله ـ فالمتحصل ـ ان ماذكرناه من كون القول قول الزوج بيمينه في هذه الصورة لا اشكال فيه .

ولو اتفقا على الدخول وعلى مضي اقل المدة وعدم تجاوز اكثرها فلا اشكال في لحوق الولد بالزوج وان وطئها واطء فجوراً فضلا عما لو اختلفا فيه ـ فان الولد للفراش وللعاهر الحجر ـ نعم فيما اذا وطئها واطء شبهة كلام قد تقدم وعرفت ان المتجه ح القرعة مع مضي اقل المدة منه ايضاً وعدم تجاوز الاقصى ـ ولو اختلفا فيه ـ فالقول قولها لاصالة عدم الوطء الا مع وجود امارة عليه كالخلوة .

ولو اتفقا على الدخول وعلى عدم حصول الشرط بان اتفقا على التجاوز عن اقصى مدته من زمانه ، فهل يكتفي باتفاقهما على نفي الولد عنه في انتفائه نظراً الى ان الفعل لا يعلم الا منهما واقامة البينة على ذلك متعذرة او متعسرة فلو لم يكتف باتفاقهما لزم الاضرار بالزوج لعلمه بانتفائه عنه في الواقع ولا يمكنه نفيه ظاهرا ـ والى ان الشارع اوجب عليه النفي مع علمه بالانتفاء ولا يمكن ذلك باللعان في الفرض لتوقفه على تكاذبهما فلو لم يكتف به في انتفائه عنه لزم لغوية ايجاب النفي عليه ـ ام لايكتفي به نظراً الى تعلق الحق بغيرهما وهو الولد ـ ولا مانع من انتفائه عنه واقعاً وعدم الانتفاء ظاهر او لايلزم من ذلك اضرار به فان الولد بحسب قاعدة الفراش ملحق به ظاهرا فله العل فيما بينه وبين الله بما يعلم ـ وفي الظاهر بما تقتضيه

القاعدة - كما لامانع من عدم قبول قوله في نفي الولد وانما اثره عدم ترتيب الاثار التي له بذلك ولا يلزم اللغوية وجهان - اظهرهما الثاني - ومما ذكرناه يظهر مافي اطلاق مافاده المصنف ره حيث قال ﴿**ولو اعترف به**﴾ اي بالدخول ﴿**ثم انكر الولد لم ينتف الا باللعان**﴾ اللهم الا ان يقال ان مرجع الضمير هو الولد دون الدخول فمراده انه بعد الاعتراف بالولد لا اثر لانكاره وهو تام اجماعا ونصا(١).

﴿و﴾ الثالثة كما لايجوز نفي الولد مع العلم أو مع الشك لاحتمال الفجور بعد تحقق شروط الالحاق للنصوص المتقدمة جملة منها كذلك ﴿**لايجوز له الحاق ولد الزنا به**﴾ وان تزوج الزانية بعد الحمل لان قاعدة الفراش مختصة بالمنعقد بالفراش - وللعاهر الحجر - ويشهد به مضافا الى ذلك خبر (٢) علي بن مهزيار عن محمد بن الحسن القمي قال كتب بعض اصحابنا الى ابى جعفر الثاني (ع) معى يسأله عن رجل فجر بامرأة فحملت ثم انه تزوجها بعد الحمل فجائت بولد هو اشبه خلق الله به فكتب (ع) بخطه وخاتمه الولد لغية لايورث ونحوه غيره .

حكم ما لو جائت المزوجة بعد الطلاق بولد

المسألة الرابعة ﴿**ولو**﴾ طلق امرأته و﴿**تزوجت باخر بعد طلاق الاول**﴾ وانقضاء العدة ﴿**واتت بولد لاقل من ستة اشهر**﴾ من وطء الثاني - وكان لاكثر منها من وطء الاول ﴿**فهو للاول وان كان لستة اشهر فصاعدا فهو للاخير فلو كان لاقل من ستة اشهر من وطء الثاني واكثر من عشرة اشهر**﴾ على مبنى المصنف ره من انها اقصى مدة الحمل - واكثر من سنة على المختار ﴿**من طلاق الاول فليس لهما**﴾ وهذا كله مما لاخلاف فيه وتقتضيه القواعد المتقدمة - مضافاً الى النصوص الخاصة كخبر (٣) زرارة عن ابى جعفر (ع) عن الرجل اذا طلق امرأته ثم نكحت وقد اعتدت ووضعت لخمسة اشهر فهو للاول وان كان ولدا نقص من ستة اشهر فلامه ولابيه الاول وان ولدت لستة اشهر فهو للاخير ، ومرسل (٤)

---

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب ميراث ولد الملاعنة .
(٢) الوسائل باب ٨ من ابواب ميراث ولد الملاعنة حديث ٢
(٣-٤) الوسائل باب ١٧ من ابواب احكام الاولاد حديث ١١-١٢

جميل عن احدهما (ع) في المرئة تزوج في عدتها قال (ع) يفرق بينهماوتعتد عدة واحدة منهما جميعاًفان جائت بولد لستة اشهر او اكثر فهو للاخير وان جائتبولد لاقل من ستة اشهر فهو للاول ، وصحيح (١) الحلبي عن ابى عبد الله (ع) اذا كان للرجل منكم الجارية يطأها فاعتدت ونكحت فان وضعت لخمسة اشهر فانه لمولاها الذي اعتقها وان وضعت بعد ماتزوجت لستة اشهر فانها لزوجها الأخير - ونحوها غيرها ، وبذلك يظهر ضعف القول بالقرعة اوكانلاكثر من ستة اشهر منوطءالثاني واقل من اقصى المدة من وطء الاول .

الخامسة﴿**ولو اعترف بولد امته او المتعة الحق به ولا يقبل نفيه بعد ذلك**﴾ اجماعا - ويشهد به نصوص- كصحيح(٢)الحلبى عن ابيعبد الله (ع) في حديث قال وايما رجل اقر بولده ثم انتفى منه فليس لهذلك ولاكرامة يلحق بهولده اذا كان من امرأته أو وليدته ، وصحيحه (٣) الاخر عنه(ع) اذا اقر رجل بولده ثم نفاه لزمه- وخبر(٤) السكوني عن جعفرعن ابيه عن علي (ع) اذا اقر الرجل بالولد ساعة لم ينف عنه ابدا ونحوها غيرها .

السادسة﴿**ولو وطء بالشبهة يلحق به الولد فان كان لها زوج وظن خلوها ردت عليه بعد العدة من الثاني**﴾وقد تقدم الكلام في هذه المسألة وفروعها حتى الحاق الولد - في الفصل الثاني فيما يحرم بالسبب في مسألة حرمة التزويج في العدة فراجع .

بيان مايجب عند الولادة

المقام الثاني في احكام الولادة - اعم من مايستحب ﴿**ويجب**﴾ منها - ان الواجب عند الولادة ﴿**استبداد النساء**﴾ دون الرجال ﴿**أو الزوج بالمرئة**﴾ بلا خلاف في شيء من ذلك ولا اشكال - فهيهنا فروع .

---

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب احكام الاولاد ، حديث ١
(٢-٣-٤) الوسائل باب ٦ من ابواب ميراث ولدالملاعنة ، حديث ١-٢-٤

-١- يجب على النساء كفائيا الحضور عند الولادة - لوجوب حفظ النفس المحترمة عند تحقق مايخشى منه تلفها مع عدم الحضور ومنه ما نحن فيه .

-٢- يجب استبداد النساء ولا يجوز حضور الرجال - وعلل بان مثل ذلك يوجب سماع صوتها غالباً - والاطلاع على مايحرم ، اقول الثاني تام - والاول يرده ماتقدم من عدم حرمة سماع صوت الاجنبية - وايد ذلك بان حضور الرجال ربما يؤدي الى تلفها وتلف ولدها باعتبار مايحصل معها من الحياء ونحوه - وبما دل من نص (١) وفتوى على قبول شهادة النساء منفردات بالولادة والاستهلال ونحوهما - اقول الثاني متين - والاول في هذا الزمان مما يضحك الثكلى بل تفتخر النساء بحضور الرجال الاجانب وكونهم متصدين لذلك - واحد المناصب المهمة كون الرجل من القوابل ويعد هذه المطالب في هذا العصر من الخرافات - اللهم الا ان يقال ان هذا في النساء المتبرجات الكاشفات اللاتي قال(٢) رسول الله(ص) في حقهن من الدين خارجات - واما المتدينات وهن كثيرات جدا فهو حق بل ينبغي ذكره دليلا وشاهدا لامؤيدا .

-٣- عدم الفرق بين الرجال الاجانب والمحارم لاستلزام ذلك اطلاع المحارم ايضاً على مايحرم عليهم .

-٤- مع فرض عدم من يقوم بحاجتها من النساء يجب على الرجال لان وجوب حفظ النفس المحترمة اهم من المحرمات فعند التزاحم يسقط كل محرم ولذا قالوا المحظورات تباح عند الضرورات ، وهل يقدم المحارم على الاجانب كما صرح به بعضهم - ام لا كما في الجواهر وجهان - اظهرهما الاول فان تصدى المحارم مستلزم لكون مايرتكب من المحرمات اقل - مثلا لمس ساير مواضع البدن غير العورة والنظر اليها لايكون محرما عليهم وهي محرمة على الاجانب فكل ماامكن تقليل ارتكاب المحرمات تعين - وعليه فلا باس بما قاله بعضهم من وجوب جعل الاجنبي محرما مع الامكان - فانه بذلك يقلل المحظورات .

---

(١) الوسائل باب ٢٤ من ابواب الشهادات .

(٢) الوسائل باب ٧ من ابواب مقدمات النكاح حديث ٥

-٥- لاباس بالزوج وان وجد النساء لعدم حرمة شيء عليه - بل يحل له النظر الى العورة ولا يجوز ذلك للنساء الاعند الضرورة - وعلى ذلك فقد يقال انه مع تمكنه من الحضور وعدم ترتب محذور عليه لايجوز للنساء ذلك - ثم ان في المقام رواية وهي - رواية (١) جابر عن ابى جعفر (ع) كان علي بن الحسين (ع) اذا حضرت ولادة المرئة قال اخرجوا من في البيت من النساء لاتكون المرئة اول ناظر الى عورته - وفي الجواهر وهو حكم غريب مخالف للسيرة والفتاوي وغيرها من النصوص ، اقول - الظاهر من الامر بجماعة باخراج النساء ارادة اللاتي لاتكونون متصدين لامر - ولا باس بذلك استحبابا والله العالم .

ما يندب عند الولادة

﴿و﴾ منها - انه ﴿يستحب﴾ عند الولادة امور ﴿غسل المولود﴾ بضم الغين - وقد تقدم الكلام في الدليل على استحبابه - ووقته - واعتبار الترتيب فيه وعدمه وضعف القول بوجوبه في مبحث الاغسال من كتاب الطهارة .

﴿والاذان فى اذنه اليمنى والاقامة فى اليسرى﴾

ويشهد به جملة من النصوص كقوى (٢) السكونى عن ابى عبد الله (ع) قال رسول الله (ص) من ولد له مولود فليؤذن في اذنه اليمنى باذان الصلاة وليقم في اذنه اليسرى فانها عصمة من الشيطان الرجيم - ومرسل (٣) الصدوق قال الصادق (ع) المولود اذا ولد يؤذن في اذنه اليمنى ويقام في اليسرى ونحوهما غيرهما، ولايعارضها خبر (٤) حفص الكناسي عن ابى عبد الله (ع) مروا القابلة او بعض من يليه ان يقيم الصلاة في اذنه اليمنى فلا يصيبه لمم ولا تابعة ابدا لامكان البناء على كونه مستحبا آخر ، وربما يقال ان محل ذلك قبل قطع السرة - لخبر (٥) الرازي عن الصادق (ع) خذ عدسة جاوشر فديفه بالماء ثم قطر في انفه في المنخر الايمن قطرتين وفي الايسر قطرة واذن في اذنه اليمنى واقم في اليسرى تفعل به ذلك قبل ان تقطع سرته فانه

(١) الوسائل باب ١٨ من احكام الولادة حديث ١

(٢-٤-٥) الوسائل باب ٣٥ من ابواب احكام الاولاد حديث ١-٣-٢

(٣) الوسائل باب ٤٦ من الاذان ، حديث ٢ كتاب الصلاة .

لايفزع ابدا الحديث ، ولكن ذلك لامفهوم له كي يقيدبه اطلاق النصوص الاخر ـ ويعارض به ماتضمن(١) فعل المعصومين عليهم السلام بعد قطع السرة بل في السابع ايضاً ـ فالكل حسن .

﴿ وتحنيكه بتربة الحسين (ع) ﴾ للنصوص(٢) ﴿ وبماء الفرات ﴾ الذي هو النهر المعروف ـ للاخبار (٣) ايضاً فان لم يوجد ماء الفرات فبماء السماء ـ كما في مرسل (٤) الكليني قالوا والمراد بالتحنيك ادخال ذلك الى حنكه وهو اعلى داخل الفم وقيل يكفي الدلك بكل من الحنكين للعموم وان كان المتبادر دلك الاعلى .

ـ ﴿ و تسميته باسم احد الانبياء او الائمة عليهم السلام ﴾ ، او ما يتضمن العبودية لله سبحانه كعبد الله وعبد الرحمن ـ وساير الاسماء المستحسنة ـ كما يشهد بذلك كله نصوص (٥) مستفيضة ـ واصدق الاسماء ما سمى بالعبودية وافضلها اسماء الانبياء كما في النص (٦) .

وان يكنيه بـ ﴿ الكنية ﴾ والمراد بها ماصدر باب وام ـ مخافة النبز وهو لقب السوء قال الباقر (ع) في خبر (٧) معمر بن خيثم انا لنكنى اولادنا في صغرهم مخافة البزان يلحق بهم ، وفي خبر (٧) السكونى عن الصادق (ع) من السنة والبر ان يكنى الرجل باسم ابنه ويستثنى من ذلك ماذكره المصنف بقوله ﴿ ولا يكنى محمد بابى القاسم ﴾ اي لايجمع بين التسمية بمحمد والتكنية بأبى القاسم ـ لخبر(٩) السكوني عن ابى عبد الله (ع) ان النبي (ص) نهي عن اربع كني ـ عن ابى عيسى وعن ابى الحكم وعن ابى مالك وعن ابى القاسم اذا كان الاسم محمداً والظاهر رجوع القيد الى الاخير واما الثلاثة فنكره مطلقاً ـ ثم ان الظاهر التسالم على حمل النهي على الكراهة .

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب ٣٦ من ابواب احكام الاولاد

(٥-٦) الوسائل باب ٢٢-٢٣-٢٤-٢٥-٢٦ من أبواب احكام الاولاد

(٧-٨) الوسائل باب ٢٧ من أبواب احكام الاولاد حديث ١-٢

(٩) الوسائل باب ٢٩ من أبواب احكام الاولاد ، حديث ٢

﴿وحلق راسه يوم السابع﴾ ففي خبر (١) ابى بصير عن الصادق (ع) في المولود يسمى في اليوم السابع ويعق عنه ويحلق رأسه ويتصدق بوزن شعره فضة ويبعث الى القابلة بالرجل مع الورك ويطعم منه ويتصدق - وفي خبره (٢) الاخر اذا ولد لك غلام او جارية فعق عنه يوم السابع شاة او جزورا وكل واطعم وسم واحلق راسه يوم السابع وتصدق بوزن شعره ذهبا او فضة واعط القابلة طائفة من ذلك فاي ذلك فعلت اجزأك ونحوهما غيرهما .

﴿و﴾ بها يظهر استحباب ﴿العقيقة﴾ وسيأتى الكلام فيها وقالوا ينبغي ان يكون العقيقة ﴿بعده﴾ اي بعد الحلق واستدل له في محكى الروضة قال فقال (٣) اسحاق ابن عمار للصادق (ع) باي ذلك يبدأ قال (ع) يحلق رأسه ويعق عنه ويتصدق بوزن شعره فضة يكون ذلك في مكان واحد وفيه نظر والامر سهل .

﴿و﴾ اما ﴿التصدق بوزنه﴾ اى وزن شعره ﴿ذهبا او فضة﴾ فقدمر مايدل عليه

﴿وثقب اذنه﴾ باجماعنا كما فى الرياض والنصوص (٤) المستفيضة شاهدة به - ومقتضى اطلاق جملة منها الاكتفاء بثقب اذن واحدة ولكن بعضها يدل على استحباب ثقب الاذنين كالخبرين (٥) الواردين في ثقب اذنى الحسنين عليهما السلام ولا يحمل المطلق منها على المقيد فالكل حسن .

﴿وختانه فيه﴾ اي في اليوم السابع - بلا خلاف في استحبابه - وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه والنصوص (٦) به مستفيضة أو متواترة - ولا خلاف ايضاً في انه لو اخر عنه جاز وقد صرح به في صحيح (٧) ابى يقطين وغيره .

(١-٢-٣) الوسائل باب ٤٤ من أبواب احكام الاولاد ، حديث ١-٧-٩

(٤-٥) الوسائل باب ٥١ من أبواب احكام الاولاد ، حديث ٢-٤

(٦) الوسائل باب ٥٢ من أبواب احكام الاولاد

(٧) الوسائل باب ٥٤ من ابواب احكام الاولاد حديث ١

في وجوب الختان

انما الخلاف في انه هل يجب على الولي الختان قبل ان يبلغ الصبي بحيث يكون ختانه في يوم السابع الى حين البلوغ من الواجب الموسع وافضل الافراد الختان يوم السابع كما عن المصنف في التحرير واستظهره الشهيد الثاني من عبارة الشرايع - ام لايجب عليه كما هو المشهور بين الاصحاب .

واستدل للاول بالنصوص الامرة للولي بان يختتنه - واجاب عنه السيد في محكى المدارك بالتصريح في صحيح علي بن يقطين بأنه لاباس بالتاخير - واورد عليه في الحدائق بان الظاهر من الصحيحة المذكورة انما هو انه لاباس بالتاخير عن السابع بمعنى انه لايتحتم عليه فعله وجوبا او استحبابا في يوم السابع بل يجوز التاخير عنه والقائل بالوجوب انما اراد به الوجوب الموسع الى ماقبل البلوغ فلاتكون الرواية منافية له - اقول ان النصوص المتضمنة لامر الولي بذلك متضمنة لامره به يوم السابع كقوى(١) السكوني عن ابى عبد الله (ع) قال رسول الله (ص) طهروا اولادكم يوم السابع فانه اطيب واطهر واسرع لنبات اللحم الحديث ونحوه غيره وعليه ، فصحيح(٢) علي بن يقطين عن ابى الحسن (ع) عن ختان الصبي لسبعة ايام من السنة هو او يؤخر فايهما افضل قال لسبعة ايام من السنة وان اخر فلا باس يصلح شاهدا لحمل تلك الاوامر على الاستحباب - اللهم الا ان يقال ان ظاهر تلك النصوص وجوب الاختتان على الولي وغاية ما يدل عليه الصحيح ان للولي ان يؤخر عن يوم السابع ولا يدل على جواز تركه بالمرة الى ان يبلغ - وبهذا المقدار يرفع اليد عن ظهور تلكم النصوص فلا وجه لرفع اليد عن ظهورها في الوجوب رأسا

ثم ان صاحب الحدائق استدل على الاستحباب بالاخبار الدالة على انه من السنن ، كصحيح(٣) عبدالله بن سنان عن الصادق (ع) ختان الغلام من السنة وخفض

---

(١) الوسائل باب ٥٢ من أبواب احكام الاولاد حديث ٤
(٢) الوسائل باب ٥٤ من أبواب احكام الاولاد حديث ١
(٣) الوسائل باب ٥٦ من أبواب احكام الاولاد ، حديث ٢

الجارية ليس من السنة ونحوه غيره - وفيه - ان السنة تطلق على معنيين على المستحب وعلى ما ثبت وجوبه بغير الكتاب والمراد بها في هذه النصوص الثاني - لوجهين - احدهما - قوله وخفض الجارية ليس من السنة فانه بعد معلومية استحبابه كماسيأتي - يكون المراد نفي الوجوب مع انه صرح به في خبر(١) مسعدة بن صدقة عن الصادق(ع) خفض النساء مكرمة وليس من السنة ولا شيئا واجبا واي شيء افضل من المكرمة فيدل ذلك على ارادة الواجب من السنة - الثاني التصريح بأنه سنة واجبة في خبر(٢) الفضل بن شاذان عن الرضا (ع) انه كتب الى المامون والختان سنة واجبة للرجال ومكرمة للنساء - وعلى ذلك فهذه النصوص تدل على وجوب الختان لا على استحبابه فان قيل ان غاية مايدل عليه كون الختان من الواجبات وهذامما لاكلام فيه انلم يختتن الغلام الى ان بلغ فانه يجب عليه الختان كما سيأتي وهذا لايدل على وجوبه على الولي - قلت ان ظاهر صحيح ابن سنان المتقدم وجوب ختان الغلام وهو من لم يبلغ - وحيث انه لايجب على نفسه فيكون واجبا على الولي ويشهد لـوجوبـه عليه مضافا الى ذلك التوقيع الشريف (٣) واما ما سئلت عنه من امر المولود الذي نبت غلفته بعدمايختتن هل يختتن مرة اخرى فانه يجب ان تقطع غلفته الحديث - فتحصل مما ذكرناه ان مقتضى النصوص وجوبه على الولي - ولاقرينة لحملها على الاستحباب سوى تسالم الاصحاب عليه - ثم ان من يجب عليه ذلك هو خصوص الاب والجد لانهما المتيقن ارادتهما من النصوص - والمورد لجملة منها فلا يجب على غيرهما قطعا .

ثم لاخلاف ﴿و﴾ لااشكال في انه لو بلغ الصبي ولم يختتن ﴿يجب﴾ ان يختتن نفسه ﴿بعد البلوغ﴾ وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه - بل عدوجوب الختان من ضروريات المذهب والدين - ويشهد به مضافا الى ماتقدم من النصوص المتضمنة ان الختان من السنة او من السنة الواجبة، قوى(٤) السكوني عن ابى عبد الله(ع)

(١) الوسائل باب ٥٦ من ابواب احكام الاولاد حديث ٣
(٢) الوسائل باب ٥٢ من أبواب احكام الاولاد حديث ٩
(٣) الوسائل باب ٥٧ من أبواب احكام الاولاد حديث ١
(٤) الوسائل باب ٥٥ من ابواب احكام الاولاد حديث ١

قال امير المؤمنين (ع) اذا اسلم الرجل اختتن ولو بلغ ثمانين سنة ، وخبر(١) يعقوب بن جعفر عن ابى ابراهيم (ع) في حديث طويل ان رجلا من الرهبان اسلم على يده ـ الى ان قال وقال اختتن ـ ولا قائل بالفصل ومن الغريب ما في الحدائق من عدم الدليل على وجوبه عليه سوى الاجماع المدعى .

وهل يجب ختان الخنثى المشكل ام لا وجهان ـ قال الشهيد الثاني في وجوبه وتوقف صحة صلاته عليه وجهان ـ من الشك في ذكوريته التي هي مناط الوجوب معتضدا باصالة البرائة ـ ومن توقف حصول اليقين بصحة صلوته عليه وتناول قوله اختتنوا اولادكم يوم السابع خرج الانثى منه خاصة فيبقى الباقي ـ وأورد عليه صاحب الجواهر بأن عنوان الوجوب الذكر ـ اقول جملة من النصوص وان اشملت عليه الا ان جملة منها مطلقة ولا يحمل المطلق على المقيد في المثبتين فالخارج هو الانثى وعليه ـ فان قلنا بأن الخنثى حقيقة ثالثة فما افاده الشهيد لااشكال فيه ـ وان قلنا بانها اما ذكر او انثى فيمكن ان يوجه كلامه بأنها باستصحاب عدم الانوثية الازلى تدخل في النصوص ولا يعارضه اصالة عدم الذكورية لعدم كونها موضوع الحكم ـ فما افاده متين لاايراد عليه نعم ماذكره من توقف صحة صلاته عليه غير تام لما ذكر في محله من عدم توقف صحة الصلاة على الختان حتى في الذكر ـ فضلا عن الخنثى هذا كله في الذكر .

واما الختان في الاناث المعبر عنه في كلام الاصحاب بـ ﴿**خفض الجوارى**﴾ فـ ﴿**مستحب**﴾ بلا خلاف ـ والنصوص المتقدمة شاهدة به ـ وبعدم الوجوب لاعليهن ولا على اوليائهن ـ ووقته فيهن لسبع سنين ـ ففي خبر(٢) وهب عن جعفر بن محمد عن ابيه (ع) عن علي (ع) لاتخفض الجارية حتى تبلغ سبع سنين ـ وينبغي عدم الاستيصال فيه لصحيح(٣) ابن مسلم عن ابي عبدالله (ع) عن رسول الله (ص) قال لام حبيب اذا انت فعلت فلا تنهكي ولا تستاصلى واشمى فانه اشرق للوجه واحظى عند الزوج ونحوه غيره .

---

(١) الوسائل باب ٥٥ من ابواب احكام الاولاد حديث ٢
(٢-٣) الوسائل باب ٣٤ من ابواب ما يكتسب به من كتاب التجارة حديث ٣-٢

فى عقيقة المولود

﴿و﴾ اما العقيقة - والمراد بها في المقام الذبيحة التى تذبح للمولـود - فالمشهور بين الاصحاب انه ﴿يستحب له ان يعق عن الذكر بذكر وعن الانثى بانثى﴾ وعن الخلاف اجماع الفرقة واخبارهم عليه، ويشهد به خبر (١) محمد بن مارد عن ابى عبد الله (ع) قال سئلته عن العقيقة فقال (ع) شاة او بقرة او بدنة ثم يسمى الى ان قال - ان كان ذكراً عق عنه ذكرا وان كان انثى عق عنه انثى - وخبر (٢) يونس عن رجل عن ابى جعفر (ع) انه قال اذا كان يوم السابع وقد ولد لاحدكم غلام أو جارية فليعق عنه كبشا عن الذكر ذكرا وعن الانثى مثل ذلك عقوا عنه فتأمل، ولكن في اكثر النصوص التسوية - ففي صحيح (٣) منصور بن حازم عن الصادق (ع) العقيقة في الغلام والجارية سواء ونحوه غيره - ولعل الجمع بين النصوص يقتضى حمل نصوص التسوية على ارادة ثبوت اصل الاستحباب - او هو مع الخصوصيات المعتبرة فيها سوى الانوثية والذكورية - كما ان الجمع بينها وبين النصوص الدالة على انه يجزي فيها كل شيء - كخبر (٤) منهال وغيره يقتضي حملها على ارادة الافضلية، وبالجملة - فلا خلاف في رجحانها في الجملة - انما الكلام في انها هل تكون واجبة كما عن الاسكافي والسيد المرتضى بل عن الثاني دعوى الاجماع عليه ومال اليه المحدث الكاشانى - أم هى مستحبة كما هو المشهور بين الاصحاب، وعن الخلاف دعوى الاجماع عليه.

واستدل للاول بطوائف من النصوص - منها النصوص (٥) الامرة بها - وهي كثيرة تقدمت جملة منها - ومنها النصوص المتضمنة انها واجبة - كصحيح (٦)

(١) ذكر صدره فى الوسائل باب ٤٤ من ابواب احكام الاولاد، حديث ١٣، وذيله فيها باب ٤٢، حديث ٧.

(٢) الوسائل باب ٤٤ من ابواب احكام الاولاد، حديث ١١

(٣) الوسائل باب ٤٢ من ابواب احكام الاولاد، حديث ١

(٤) الوسائل باب ٤٥ من ابواب احكام الاولاد، حديث ١

(٥-٦) الوسائل باب ٤٤ من ابواب احكام الاولاد، حديث ٠-١٠

ابى بصير وموثقه(١) وخبر (٢) علي بن ابى حمزة وخبر (٣) علي - ومنها النصوص المتضمنة ان المرء مرتهن بعقيقته كموثق(٤) الساباطي وغيره بتقريب انها تدل على ان العقيقة حق واجب وفي عنق المولود وهو مقيد به لاينفك عنه الا بالاداء - ويؤيده مافي خبر (٥) عمر بن يزيد عن ابى عبد الله (ع) كل أمرء مرتهن يوم القيمة بعقيقته واورد على الاستدلال بها في الحدائق والجواهر وغيرهما (تارة) بعد العقيقة في قرن الامور المتفق على استحبابها في الأخبار (واخرى) بجعل العقيقة في خبر عمر بن يزيد اوجب من الاضحية التي هي مستحبة اتفاقاً (وثالثة) بان جملة من النصوص تدل على اجزاء الأضحية عنه اذا لم يعق عنه اذ لو كانت واجبة لما كان يعقل اجزاء الأضحية المستحبة عنها اذ لا نظير له في الاحكام الشرعية (ورابعة) بالتساهل فى امرها وانه يجزي كل شيء (وخامسة) بأن الوجوب في الاخبار من الالفاظ المتشابهة.

والكل كما ترى اذ ذكر شيء في سياق جملة من الامور التي تدل دليل آخر على استحبابها - لايوجب حمل الامر به على الاستحباب بناء على ماهو الحق من خروج الوجوب والاستحباب عن حريم المستعمل فيه وان الوجوب ينتزع من عدم الترخيص في ترك المامور به والاستحباب من الترخيص فيه - وجعلها اوجب من الأضحية اي اشد ثبوتا من الاضحية يلائم مع كونها مستحبة اكيدة او واجبة - واجزاء الاضحية المستحبة لايستلزم استحبابها اذ كم لاجزاء المستحب عن الواجب من نظير في الفقه - كاجزاء الغسل المستحبى عن الوضوء الواجب واجزاء صلاة الجمعة على القول باستحبابها عن صلاة الظهر - واجزاء غسل الجمعة وغيره من الأغسال المستحبة عن الأغسال الواجبة الى غير تلكم من الموارد - والتساهل في الخصوصيات المعتبرة فيها غير التساهل في اصل العقيقة - وكون الوجوب من الالفاظ المشتبهة في الأخبار ممنوع اولا بل هو ظاهر في الوجوب المصطلح - وعدم قرينية لحمل ساير الاخبار على الاستحباب ثانياً بل هى تبين اجمال هذه.

ويمكن ان يستدل على الاستحباب بان المستفاد من النصوص(٦) الدالة على

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ٣٨ من ابواب احكام الاولاد حديث ٤-٥-٣-٧-١

(٦) الوسائل باب ٦٥ من ابواب احكام الاولاد

اجزاء الأضحية عن العقيقة اذا لم يعق عنه ـ ومادل (١) على انه يعق الانسان عن نفسه اذا لم يعق عنه ابوه ـ هو بقاء الامر بالعقيقة والتكليف المتعلق بها ايامـا كان الى مابعد اليوم السابع من الولادة ـ فاذا انضم الى ذلك مادل على انه لاعقيقة بعد يوم السابع كخبر (٢) ذريح المحاربي عن ابى عبد الله (ع) في العقيقة قال اذا جازت سبعة ايام فلا عقيقة له ـ وخبر (٣) علي بن جعفر عن اخيه (ع) ـ انما الحلق والعقيقة والاسم في اليوم السابع ـ يستفاد استحباب العقيقة اذ لو كانت واجبة لما كان لنفيه وجه ولو كان الواجب خصوص يوم السابع فبمضيه يسقط ذلك الامر فلا معنى لاجزاء الأضحية عنه فان الاجزاء انما يستعمل فيما كان الامر باقيا ومع سقوطـه بالعصيان وكون الباقي امرا آخر غير ذلك الامر لامعنى للاجزاء ـ فان قيل ـ ان غاية مايدل عليه نصوص الاجزاء هو اجزاء الأضحية عن العقيقة ـ ولا تدل على اجزائها عـن العقيقة الواجبة فلعلها مجزية عن العقيقة المستحبة وهي مابعد يوم السابع ـ قلنا ان ظاهر قوله فقد أجزأه عنه عقيقة كما في موثق (٤) سماعة ـ او اجزأه ذلك عن عقيقته كما في مرسل (٥) المقنع ان ذلك يجزى عن العقيقة التي امر بها في الشرع ـ وعليـه فالاظهر هو الاستحباب ويؤيده تسالم الاصحاب عليه الا نادر ولعله يؤيده بعض ما تقدم ـ فلا اشكال في الاستحباب .

ثم انه على القول بالوجوب لااشكال في اختصاصه بالموسر ـ واما المعسر فلا يجب عليه قطعا لموثق (٦) الساباطى عن الصادق (ع) العقيقة لازمة لمن كان غنيا ومن كان فقيرا اذا ايسر فعل فان لم يقدر على ذلك فليس عليه شيء ـ ونحوه خبره (٧) الاخر وخبر (٨) اسحاق .

﴿و﴾ يستحب ان تكون ﴿هى﴾ اى العقيقة ﴿بصفات الاضحية﴾ من كونها

---

(١) الوسائل باب ٣٩ من ابواب احكام الاولاد

(٢-٣) الوسائل باب ٦٠ من ابواب احكام الاولاد حديث ٢ ـ ٣

(٤-٥) الوسائل باب ٦٥ من ابواب احكام الاولاد حديث ١ ـ ٣

(٦-٧-٨) الوسائل باب ٤٣ من ابواب احكام الاولاد حديث ١ ـ ٣ ـ ٢

سليمة عن العيوب سمينة ـ لموثق(١) عمار عن ابى عبد الله (ع) في حديث ويذبح عنه كبش وان لم يوجد كبش اجزأ عنه مايجزي في الاضحية والا فحمل اعظم ما يكون من حملان السنة وتعطي القابلة ربعها وان لم تكن قابلة فلامه تعطيها من شائت وتطعم منه عشرة من المسلمين فان زادوا فهو افضل ويا كل منه ـ وقد تقدمت النصوص الدالة على اجزاء الاضحية عنها ، ولاينافي ذلك مافي خبر (٢) منهال انما هي شاة لحم ليست بمنزلة الاضحية يجزى منها كل شيء ـ وما فى خبر(٣) المرازم العقيقة ليست بمنزلة الهدى خيرها اسمنها ، فان الجمع بين النصوص يقتضي البناء على استحباب كونهاواجدة لصفات الاضحية غاية الامر يجزى غيرها وانه لايكون متأكدا تأكده في الاضحية ـ فالمتحصل من النصوص ان الاولى ان تكون كبشا والا فالواجد لصفات الاضحية والا فحمل اعظم مايكون من حملان السنة ـ والمجزي كل مايصدق عليه انه شاة او بقرة او بدنة .

﴿ ولا ياكل الابوان منها ﴾ استحبابا اي يكره اكلهما بل حكى قول بعدم الجواز ـ والنصوص فيه مختلفة ـ منها ماتضمن النهي عن اكلهما بل وغيرهما من الاهل والعيال كخبر (٤) ابى خديجة عن الصادق (ع) لايأكل هو ولا احد من عياله من العقيقة قال وللقابلة ثلث العقيقة وان كانت القابلة ام الرجل او في عياله فليس لها منها شيء وتجعل اعضاء ثم يطبخها ويقسمها ولا يعطيها الا اهل الولاية وقال ياكل من العقيقة كل احد الا الام ـ وما فى ذيل الخبر يوجب حمل الصدر على الكراهة ـ ومنها ماتضمن النهي عن اكل الام خاصة كحسن (٥) الكاهلى عن الصادق(ع) في العقيقة قال لا تطعم الام منها شيئا ـ ونحوه مرسل(٦) ابن مسكان ، ومنها ما تضمن اكل الاب منها ـ كخبر (٧) ابى بصير عنه (ع) اذا ولدلك غلام او جارية فعق عنه يوم السابع شاة او جزورا وكل منها واطعم ونحوه خبره الاخر ـ ومنها ـ

(١ـ٧) الوسائل باب ٤٤ من ابواب احكام الاولاد حديث ٤ـ٧
(٢ـ٣) الوسائل باب ٤٥ من ابواب احكام الاولاد حديث ١ـ٢
(٤ـ٥ـ٦) الوسائل باب ٤٧ من ابواب احكام الاولاد حديث ١ـ٢ـ٣

مايدل على جواز اكل العيال منها جميعاً كخبر (١) يحيى بن ابى العلاء عن ابىعبد الله(ع) قال سمى رسول الله (ص) حسناً وحسيناً يوم سابعهما وعـق عنهما شاة شاة وبعثوا برجل شاة الى القابلة ونظروا ماغيره فأكلوا منهواهدوا الى الجيرانوحلقت فاطمة رؤوسهما وتصدقت بوزن شعرهما فضة ـ والجمع بين النصوص يقتضي البناء على كـراهة اكل العيال وشدة كراهة اكل الابوين خصوصاً الام فان الكـراهةفي اكلها اشد .

﴿ولا يكسر شيء من عظامها﴾ للنهي عنهفي جملةمن النصوص ـ كخبر(٢) الكاهلي عن الصادق (ع) العقيقة يوم السابع وتعطى القابلة الـرجل مع الورك ولا يكسر العظم ـ ونحوه غيره ، المحمول على الكراهة للتصريح في موثق (٣) الساباطي بجواز الكسر ـ قال سئل ابوعبد الله (ع) عـن العقيقة اذا ذبحت يكسر عظمها قال (ع) نعم يكسر عظمها ويقطع لحمها ويصنع بها بعد الذبح ماشئتـ واما مااشتهر بين العوام من استحباب لف العظام بخرقة بيضاء ودفنها ـ فلم اقف ولا وقف غيرى على مايدل عليه من النصوص وفتاوى الاصحاب ، ثم ان النصوص مختلفـة في تفريق مقدار من العقيقة ففى بعضها (٤) انها تطبخ بماء وملح ويدعي عليها رهط من المسلمين وياكلون ـوفى بعضها(٥) انه يدعي عشرة من المسلمين ـوفي بعضها(٦) تفريق اللحم من غير طبخ ـ والكل حسن ، ثم انه لا اشكال فى استحباب ان يعطي جزء امنها للقابلة ـ والروايات في ذلك مستفيضة ، وقد تقدمت الا انها مختلفة فى تعيين ما تعطى ـففى خبر أبى (٧) خديجة ثلث العقيقة ـ وفى موثق(٨) عمار ربعها وفي خبر (٩) ابن ابى العلاء بعثرسول الله (ص) برجل شاة الى القـابلة ـ وفي خبر (١٠) حفص ـ الرجل مع الورك وان لم تكن قابلة تعطي الام تتصدق بها من شائت كما في خبر عمار .

(١-٦-٩) الوسائل باب ٥٠ من ابواب احكام الاولاد حديث ٤

(٢-٣-٤-٥-٧-٨-١٠) الوسائل باب ٤٤ من ابواب احكام الاولاد حديث ٥-١٧-١٦-١٥-٨-٤-١٢

في الرضاع

المقام الثالث في الرضاع - ﴿و﴾ فيه مسائل - الاولى ﴿افضل المراضع الام﴾ لخبر (١) طلحه بن زيد عن ابى عبد الله (ع) قال امير المؤمنين (ع) ما من لبن يرضع به الصبي اعظم عليه بركة من لبن امه - الثانية - لاخلاف ﴿و﴾ لااشكال في الجملة في ان ﴿للحرة الاجرة على الاب ومع موته من مال الرضيع﴾ وتفصيل القول بالبحث في فروع - ١ - اذا وجب على الام الارضاع هل تستحق اجرة عليه من الاب او من الولد ان كان له مال ام لا قولان - ذهب الاكثر الى الاول - والمقداد في كنز العرفان على ماحكى قطع بالثاني - واستدل له بانه واجب ولا يجوز اخذ الاجرة على الواجب (وفيه) ان الاظهر جواز اخذ الاجرة على الواجب كما حققناه فى الجزء الثانى عشر من هذا الشرح - ويشهد للاول مضافا الى انها مالكة للبن فلها ان تاخذ اجرته امامن الاب لوجوب نفقة الصبى عليه او من الابن ان كان له مال الاية الشريفة (١) «فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن» واختصاصها بالمطلقة لايضر بما هو مورد الاستدلال - وجملة من النصوص كصحيح (٢) عبد الله بن سنان عن ابى عبد الله (ع) في رجل مات وترك امرأة ومعها منه ولد فالقته على خادم لها فارضعته ثم جائت تطلب رضاع الغلام من الوصي فقال (ع) لها اجر مثلها وليس للوصي ان يخرجه من حجرها حتى يدرك ويدفع اليه ماله - وصحيح (٣) ابن ابى عمير عن بعض اصحابنا عن ابن ابى يعفور عنه (ع) قضى امير المؤمنين في رجل توفى وترك صبيا فاسترضع له قال (ع) اجر رضاع الصبي مما يرث من ابيه وامه - ونحوهما غيرهما ثم انه لااشكال في ان الاب ان كان موسرا فالاجرة عليه لانها من النفقة الواجبة - كما لااشكال في انه مع عدم الاب تكون الاجرة على الابن ومن ماله - انما الكلام فيما اذا كان الاب معسرا او كان الولد موسرا - فقد يقال ان ظاهر اطلاق الفتاوى كون الاجرة عليه ، واستدل له باطلاق الاية المتقدمة - وبقوله (٤) تعالى « وعلى

---

(١) الوسائل باب ٦٨ من ابواب احكام الاولاد حديث ٢
(٢) الطلاق آية ٧ (٥) البقرة آية ٢٣٤
(٣-٤) الوسائل ، باب ٧١ من ابواب احكام الاولاد حديث ١-٢

المولود له رزقهن» ولكن الايتين انما هما على حال الانفاق والمعلوم عدم وجوبه على الاب في الصورتين - فالاظهر في الصورتين ان الاجرة من مال الابن .

استيجار الاب للام للرضاع

(٢) لاخلاف ولا اشكال في جواز استيجار الاب للام للرضاع اذا كانت مطلقة بائنة - انما الخلاف فيما لو كانت زوجة فالمشهور بين الاصحاب الجواز - وعن الشيخ في المبسوط المنع من استيجارها له - وكذا منع عن استيجار ها لخدمته او خدمة غيره وارضاع ولد غيره .

والاول اظهر للعمومات والمطلقات الدالة على جواز الاجارة .

واستدل للثاني بانه يعتبر في صحة الاجارة القدرة على التسليم وهي لا تقدر باعتبار ملك الزوج للاستمتاع بها ، (وفيه) اولا ان استيجار الزوج نفسه اياها اسقاط لحقه من الاستمتاع في الاوقات التي لايمكن مع الارضاع - وثانياً ان القدرة على التسليم المعتبرة في صحة الاجارة هي القدرة التكوينية لاالشرعية فغاية مايلزم انها بارضاع الولد اذا فوتت حق الزوج واراد الزوج الاستمتاع بها ولم تسلم نفسها تكون عاصية وآثمة ولاوجه لبطلان الاجارة بعد كون اللبن مملوكا لها وتسلمه خارجا وبالجملة الزوج مالك لمنفعة الاستمتاع خاصة ولايكون مالكا لغيره من منافعها - فلا مانع من الاستيجار لغيرها .

(٣) للام اخذ الاجرة من الاب او الابن على التفصيل المتقدم في الفرع الاول استأجرها الاب او غيره لذلك ام لا - ارضعت هي بنفسها الولد او بغيرها - لاطلاق الادلة ولصحيح ابن سنان المتقدم .

لاتجبر الام على الارضاع

- الثالثة - لاخلاف ﴿و﴾ لااشكال فى انه ﴿لاتجبر﴾ الام الحرة ﴿على ارضاعه وتجبر الامة﴾ فى الجملة - واستدل له - بالاية المتقدمة (١) «فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن» وبالاية الشريفة (٢) «لا تضار والدة بولدها» الشاملة لاضرارها باجبار على ارضاعه لو كان واجبا - وبقوله (٣) تعالى «فان تعاسر ثم فسترضع له اخرى» ولكن الاولى تدل على لزوم الاجرة في صورة الارضاع ولا تدل على عدم وجوبه الاعلى القول بعدم جواز اخذ الاجرة على الواجب وقد عرفت منعه - مع انها في المطلقة البائنة وفي الحدائق عدم الوجوب فيها لاخلاف فيه فكان مراده امكان الفرق بين الزوجة والمطلقة - والا فعدم الوجوب في الزوجة ايضاً لاخلاف فيه، واما الثانية فيرد على الاستدلال بها ان الارضاع ان كان واجباً عليها لايكون اجبارها به اضراراً بها، وعدم دلالة الثالثة واضح.

فالاولى ان يستدل له بخبر (٤) سليمان بن داود المنقرى قال سئل ابو عبدالله (ع) عن الرضا (ع) قال (ع) لايجبر المرئة على ارضاع الولد ويجبر ام الولد - وضعفه ينجبر بالعمل - ويؤيده الايات المتقدمة - بل يمكن القول بدلالتها للتعبير في الاولى بقوله فان ارضعن اذ لو كان واجبا لما حسن هذا التعبير - وبه يظهر وجه دلالة الثالثة اذ لا يحسن التعبير بان تعاسرتم اذا كان واجبا - وكيف كان فلا يعارض ماتقدم قوله تعالى (١) «والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة» لان الاية الكريمة في مقام بيان مدة الرضاع لااصل وجوبها - مع انه لوسلم كونها في مقام بيان ذلك تحمل على الاستحباب جمعاً.

ثم انه استثنى من عدم وجوب ارضاع الام في كلمات الفقهاء صور - منها - ماذا لم يكن للولد مرضعة اخرى - فانه يجب عليها الارضاع ح لالما في الرياض

(١-٣) الطلاق آية ٧ (٢) البقرة آية ٢٣٤

(٤) الوسائل باب ٦٨ من ابواب احكام الاولاد حديث ١

(٥) البقرة آية ٢٣٤

من وجوب انفاقها عليه في هذه الصورة فانه غير واجب عليها مع ايسار الاب أو وجود المال للابن ولذا يجوز لها اخذ الاجرة في هذه الصورة بل لوجوب حفظ النفس المحترمة - وبه يظهر انه لابد من تقييد ذلك بما اذا لم يكن حفظ المولود باطعامه الاغذية الاخر - والا فلا يجب كما يظهر انه ليس استثناء من مسئلتنا هذه فانه يجب على غير الام ايضاً ذلك اذا انحصر فهذا غير مختص بها - ومنها ماإذا كانت مرضعة اخرى ولكن لم يمكن استيجارها لاعسار الاب وعدم تمكنه منه مع عدم مال للولد - والكلام في هذه الصورة كسابقتها من حيث ما استدلوا به والجواب عنه، والاظهر فيها عدم وجوب الارضاع عليها - فان غاية الامر وجوب الانفاق ويمكن ذلك باستيجار مرضعة اخرى او بالتماسها فلا وجوب عليها من حيث كونها اما - فهذه ايضاً لاتكون مستثناة من مسئلتنا - ومنها اللباء وهو اول مايحلب بعد الولادة مطلقاً او الى ثلاثة ايام فعن جماعة منهم المصنف في القواعد والشهيد في اللمعة وجوب ارضاعها اللباء - واستدل له بان الولد لايعيش بدونه - ورد بانه ممنوع بالوجدان قال الشهيد الثاني لعلهم ارادوا الغالب او انه لا يقوى ولا يشد بنيته الا به - اقول وعلى الثاني لاوجه لوجوب الارضاع ح والاول ايضاً ممنوع .

في نهاية الرضاع

الرابعة لاخلاف ﴿و﴾ لا اشكال في ان الاصل في ﴿حد الرضاع حولان﴾ للاية المتقدمة - وقوله (١) تعالى «وفصاله في عامين» والنصوص الاتية - ويجوز الاقتصار على احد وعشرين شهرا بلا خلاف والنصوص شاهدة به لاحظ - خبر (٢) عبد الوهاب بن الصباح قال ابو عبد الله (ع) الفرض في الرضاع احد وعشرون شهرا فما نقص عن احد وعشرين شهرا فقد نقص المرضع وان اراد ان يتم الرضاعة فحولين كاملين - وموثق (٣) سماعة عن الصادق (ع) الرضاع واحد وعشرون شهرا

(١) لقمان آية ١٥
(٢-٣) الوسائل باب ٧٠ من ابواب احكام الاولاد حديث ٦-٥

فما نقص فهو جور على الصبي ونحوهما غيرهما ـ واستدل له سيد الرياض بالاية الكريمة(١) «وحمله وفصاله ثلثون شهرا» بدعوى ان الغالب في الحمل تسعة اشهر ـ ولكن ينافيه استدلال امير المؤمنين(ع) به على مافي خبر (٢) رواه العامة والخاصة على ان اقل الحمل ستة اشهر ـ وايضا ينافيه خبر(٣) هشام الـدال على انها نزلت في الحسين (ع) وكان حمله ستة اشهر فالعمدة هي النصوص .

وهل يجوز نقصه عن ذلك لغير ضرورة ام لاوجهان ـ ظاهر المتن **«واقله احدوعشرون شهرا»** هو الثاني وهو المشهور بين الاصحاب ـ واستدل له بالنصوص المتقدم جملة منها آنفا ـ ولكنها لا تدل على عدم جواز انقص من احد وعشرين شهرا ـ اما خبر عبد الوهاب المتضمن قوله فقد نقص المرضع فواضح فان المرضع كانت هي الام ام غيرها لايكون الارضاع واجبا عليها فنقصه لااشكال فيه ـ واما المـوثق فلتوقفه على حرمة كل ماهو جور على الصبي ـ نعم اذا توقف اغتذاء الصبي عليه وجب على الاب الاسترضاع ولا يجوز له انقص ولكن في امثال هذا الزمان الذي يكون بدل اللبن موجودا وربما يكون انفع واقوى للصبي فلادليل على عدم جواز عدم الاسترضاع ويؤيد الجواز الاية الشريفة (٤) «فان ارادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلاجناح عليهما» وصحيح (٥) الحلبي عن الصادق (ع) ليس للمرئة ان تأخذ في رضاع ولدها اكثر من حولين كاملين وان ارادا الفصال قبل ذلك عن تراض منهما فهـو حسـن والفصال الفطام ـ ونحوه صحيحه (٦) الاخر وخبر (٧) ابى بصير .

وهل يجوز الزيادة على الحولين مطلقا كما عن جماعة ـ ام لايجوز كما هو المشهور ـ وجهان ـ يشهد للاول صحيح (٨) سعد بن سعد الاشعري عن الرضا (ع) قال سئلته عن الصبي هل يرضع اكثر من سنتين فقال (ع) عامين قلت فان زاد على سنتين هل على ابويه من ذلك شيء قال(ع) لا ـ وصحيحا الحلبي المتقدمان وخبر ابى بصير ،(واستدل) للثاني تارة بما قيل من ان به رواية بدعوى ان ذلك في حكم

(١) الاحقاف آية ١٦
(٤) سورة البقرة آية ٢٣٤
(٢-٣) الوسائل باب ١٧ من أبواب احكام الاولاد ، حديث ٩-١٤
(٥-٦-٧-٨) الوسائل باب ٧٠ من أبواب احكام الاولاد حديث ١-٣-٧-٤

المرسل المجبر بالعمل ـ واخرى بما في الجواهر بأن لبنها بعد ما خرج عن مدة الرضاع من فضلات مالايؤكل لحمه الممنوع اكلها بل الظاهر ان ذلك لكونه من الخبائث كالبصاق وباقي رطوباتها وكلما حرم على المكلف لخبثه يحرم اطعامه لغير المكلف كالدم ونحوه (ولكن) يرد على الاول ان الرواية على فرض وجودها حيث لايكون متنها معلوما لاتصلح مستندة للحكم ، ويرد الثاني اولا ان محل الكلام هو ارتضاع الصبي بعد سنتين ولو من لبن امرأة ولدت لاقل من تلك المدة ـ وبعبارة اخرى حرمة اشراب لبن المرئة بعد مضى حولين من الولادة غير حرمة ارضاع الصبي بعد مضى حولين من ولادته كما هو واضح ـ وثانياً ـ منع كون لبنها من الخبائث مثل عرقها ولو بعد مضى حولين ـ وثالثاً ـ انه لا دليل على حرمة اطعام غير المكلف ما يحرم على المكلف فالاظهر انه لادليل على المنع والاصل يقتضى الجواز .

ثم على القول بالحرمة لا دليل على استثناء الشهر والشهرين ـ والاستدلال له كما في الجواهر بانه يصعب فصال الطفل عنه دفعة واحدة على وجه يخشى عليه التلف لشدة تعلقه به ـ وبالمرسل المنجبر بالشهرة ـ في غير محله ، فان الاول يندفع بانه اذا كان يحرم الارضاع بعد حولين فلابد قبل ان يتم الحولين يتهيأ لفصاله لماذكر ـ والثاني قد تقدم مافيه .

الام احق بالارضاع

الخامسة ـ ﴿والام احق بارضاعه اذ ارضيت بما يطلبه غيرها من اجرة او تبرع﴾ بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه كذا في الجواهر ـ وفي الرياض اجماعا حكاه جماعة ، ويشهد به جملة من النصوص كصحيح (١) الحلبى عن ابى عبد الله عليه السلام الحبلى المطلقة ينفق عليها حتى تضع حملها وهي احق بولدها حتى

(١) الوسائل باب ٨١ من أبواب احكام الاولاد حديث ٥

ترضعه بما تقبله امرأة اخرى ـ ان الله تعالى يقول لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ـ وخبر (١) الكناني عنه (ع) اذا طلق الرجل المرئة وهي حبلي انفق عليها حتى تضع حملها واذا وضعته اعطاها اجرها ولا يضارها الا ان يجد من هو ارخص اجراً منها فان هي رضيت بذلك الاجر فهي احق بابنها حتى تفطمه ـ وخبر (٢) فضل ابى العباس عنه (ع) فان قالت المرئة لزوجها الذي طلقها انا ارضع ابني بمثل ماتجد من يرضعه فهي احق به ونحوها غيرها ـ ويشعر به الاية المتقدمة « فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن » والاية (٣) الشريفة «والوالدات يرضعن اولادهن» خصوصاً مع قوله تعالى بعد ذلك «لا تضار والدة بولدها» ثم انه يظهر من النصوص انه لو طلبت الام زيادة عما يقنع غيرها فللاب نزعه منها واسترضاع غيرها مطلقا وان لم تطالب ازيد من اجرة المثل ـ ويشهد به اطلاق قوله تعالى (٤) «وان تعاسرتم فسترضع له اخرى » ومع ذلك كله فلا يصغى الى ماقيل من انها احق مطلقا اذا لم تطلب اكثر من اجرة المثل .

في الحضانة

المقام الرابع في الحضانة واصلها من حضن الطائر بيضه اي ضمنه تحت جناحه قال في محكي المصباح المنير بعد ذكر ذلك ـ والحضانة بالفتح والكسر اسم منه وهي في الاصطلاح كما عن القواعد والمسالك ولاية وسلطنة على تربية الطفل وما يتعلق بها من مصلحة حفظه وجعله في سريره وكحله وتنظيفه وغسل خرقه وثيابه ونحو ذلك ـ ولا ينافي ذلك عدم الوجوب عليها فان هذه الولاية على تقدير عدم الوجوب ، وانه لمن له تلك الاسقاط ولاية غير لزومية ، وكيف كان فالمهم البحث في ما يستفاد من الاخبار ـ ﴿و﴾ تنقيح الكلام بالبحث في مسائل .

الاولى ـ المشهور بين الاصحاب ﴿ان الام احق بحضانة الذكر مدة الرضاع

(١-٢) الوسائل باب ٨١ من ابواب احكام الاولاد حديث -٢- ٣
(٣) البقرة آية ٢٣٣ (٤) الطلاق آية ٦

اذا كانت حرة مسلمة وبالانثى الى سبع سنين ❋ والاب احق بها بعد مدة الرضاع في الذكر وبعد سبع سنين في الانثى بل عن الغنية الاجماع عليه ، وعن الشيخ المفيد وتلميذه سلار ان الام احق بالذكر مدة الحولين وبالانثى الى تسع سنين وعن الصدوق ان الام احق بالولد مالم تتزوج ، وعن الشيخ في الخلاف وابن الجنيد ان الام احق بالبنت مالم تتزوج وبالصبي الى سبع سنين هذه هي الاقوال في المسألة - واما النصوص فهي مختلفة - منها - مايدل على احقية الام بالولد مدة الرضاع - كصحيح الحلبي وخبر الكناني وخبر فضل المتقدمة في المسألة السابقة وهي احقية الام بالرضاع وهي من جهة مافيها من جعل الغاية الفطام تدل على اختصاص احقيتها بمدة الرضاع ، ولكن الظاهر منها كونها بصدد بيان الاحقية بالارضاع ولا نظر لها الى الاحقية من ساير الجهات ويشير الى ذلك خبر (١) الحلبي عن الصادق (ع) المطلقة ينفق عليها حتى تضع حملها وهي احق بولدها ان ترضعه بما يقبله امرأة اخرى - فالاولى الغاء هذه النصوص من المقام والرجوع الى النصوص الاخر وهي طوائف

الاولى - ماتدل على احقية الام مطلقا مالم تتزوج - كمرسل (٢) المنقري عمن ذكره عن ابي عبد الله (ع) عن الرجل يطلق امرأته وبينهما ولد ايهما احق بالولد قال (ع) المرئة احق بالولد مالم تتزوج - ورواه (٣) الصدوق باسناده عن المنقري عن حفص بن غياث او غيره عن ابي عبد الله (ع) (الثانية) ما يدل على احقية الاب مطلقاً الا في الارضاع - كموثق (٤) فضل بن ابي العباس البقباق عن الصادق (ع) قال: قلت له الرجل احق بولده ام المرئة قال (ع) لا بل الرجل فان قالت المرئة لزوجها الذي طلقها انا ارضع ابني بمثل ما تجد من يرضعه فهي احق به - وخبر (٥) الفضيل ابن يسار عنه (ع) ايما امرئة حرة تزوجت عبداً افولدت منه اولادا فهي احق بولدها منه وهم احرار فاذا اعتق الرجل فهو احق بولده منها لموضع الاب (الثالثة) مايدل على احقية الام بالولد الى سبع سنين مطلقاً - كصحيح (٦) ايوب بن نوح قال

(١) المستدرك باب ٥٨ من ابواب احكام الاولاد ، حديث ٢
(٥) الوسائل باب ٧٣ من ابواب احكام الاولاد حديث ١
(٢-٣-٤-٦) الوسائل باب ٨١ من ابواب احكام الاولاد حديث ٤-٣-٦

كتب اليه بعض اصحابه كانت لي امرأة ولي منها ولد وخليت سبيلها فكتب (ع) المرئة احق بالولد الى ان يبلغ سبع سنين الا ان تشاء المرئة ، وصحيحه (١) الاخر قال كتبت اليه مع بشر بن بشار جعلت فداك رجل تزوج امرأة فولدت منه ثم فارقها متى يجب له ان ياخذ ولده فكتب (ع) اذا صار له سبع سنين فان اخذه فله وان تركه فله (الرابعة) مايدل على ان حضانة الولد مشتركة بينهما في مدة الرضاع وبعد مضيها يكون الاب احق بها كخبر (٢) داود بن الحصين عن ابي عبد الله (ع) قال والوالدات يرضعن اولادهن قال (ع) مادام الولد في الرضاع فهو بين الابوين بالسوية فاذا فطم فالاب احق به من الام فاذا مات الاب فالام احق به من العصبة الحديث .

والطائفة الاولى ضعيفة السند للارسال - ولعلي بن محمد القاساني الذي هو في سند الخبر الذي رواه الكليني - واما الطوائف الثلاث الاخر فالنسبة بين الاولى منها والثانية عموم مطلق فان الاولى تدل على احقية الاب مطلقاً والثانية تدل على احقية الام الى سبع سنين - فيقيد اطلاقها بها ولايمكن الجمع العرفي بين الثانية منها والثالثة والترجيح مع الثانية للاشهرية واصحية السند - فالمتحصل من هذه النصوص احقية الام بالولد مطلقا الى سبع سنين كما استظهره سيد الرياض من الاخبار لكنه قال ان بواسطة الاجماع المحكي عن الغنية على ان الاب احق بالذكر بعد مدة الرضاع - المؤيد ذلك بالمناسبة فان الذكر اولى بالزوج من الزوجة كأولويتها منه بالانثى في الحضانة يبني على القول بالتفصيل انتهى ولكن الاجماع المحكي في مثل هذه المسألة مع اختلاف الاقوال والنصوص لايكون حجة قطعا واولى منه في عدم الحجية المناسبة المذكورة .

ثم انه ينبغي التنبيه على امور (١) ان هذه الاحقية الثابتة للزوجة انما تكون على سبيل غير اللزوم اى لها اسقاطها - للتعليق على مشيتها في صحيح ايوب - فلها ان تسقط حقها فتكون تلك للاب وهل للاب ايضاً اسقاطها ام يجب عليه تلك وجهان صرح بالاول جماعة منهم صاحب الرياض والشهيد في قواعده واستدل له بانه

(١-٢) الوسائل باب ٨١ من ابواب احكام الاولاد ، حديث ٧-١

ليس في النصوص سوى اصل الاستحقاق وهو اعم من الوجوب والاصل يقتضي عدمه - وعليه فاذا اسقط الاب ايضاً حقه يكون الولد الذي لو ترك حضانته يضيع كساير المضطرين يجب حضانته كفاية ، ولكن يمكن ان يقال ان هذا الحق الثابت بما انه لمصلحة الطرفين اي الاب والولد فسقوطه بالاسقاط يحتاج الى دليل والاصل يقتضي عدمه - مع ان السؤال في صحيح ايوب انه متى يجب له ان ياخذ ولده ظاهر في ان وجوب الحضانة كان مفروغا عنه وسئل عن وقته وقرره الامام (ع) على ذلك نعم اذا تصدى غيره لتربيته لايجب عليه ذلك كما يشهد به صحيح ايوب المتقدم .

(٢) - ﴿وتسقط الحضانة لو تزوجت﴾ الام بعدما طلقها الاب وكان الاب ح احق به بلاخلاف ويشهد به مرسل المنقرى المتقدم، وخبر (١) داود الرقى عن ابى عبد الله (ع) عن امرأة حرة نكحت عبدا فاولدها اولادا ثم انه طلقها فلم تقم مع ولدها وتزوجت فلما بلغ العبد انها تزوجت اراد ان ياخذ ولده منها فقال انا احق بهم منك ان تزوجت فقال (ع) ليس للعبد ان يأخذ منها ولدها وان تزوجت حتى يعتق هي احق بولدها منه مادام مملوكا فاذا اعتق فهو احق بهم منها - فان قيل ان النسبة بين هذه النصوص ونصوص السبع عموم من وجه فلم يقدم هذه - قلنا ان المختار في العامين من وجه هو الرجوع الى المرجحات وهي تقتضي تقديم هذه للشهرة (ثم ان) التزويج المسقط لحق حضانتها هل يشمل ما لو تزوجت به ام يختص بالتزويج بغيره ظاهر النصوص هو الثاني مع انه يلزم من شموله له سقوط حضانتها وهي في حباله قبل ان تفارقه وهو معلوم العدم - فما - عن المسالك من احتمال الاول غريب .

(٣) لاحضانة للكافرة لو كان الزوج مسلما - لكون الولد ح مسلما لاسلام ابيه «ولن يجعل(٢) الله للكافرين على المؤمنين سبيلا» لو قلنا بان الحضانة ولاية او سلطنة على الولد ، واستدل له ايضاً - بقوله (ص)(٣) الاسلام يعلو ولا يعلى عليه

(١) الوسائل باب ٧٣ من ابواب احكام الاولاد حديث ٢
(٢) النساء آية ١٤٢ .
(٣) الوسائل باب ١ من ابواب موانع الارث حديث ١١

وفيه نظر والنسبة بين الاية الكريمة ونصوص الحضانة وان كانت عموما من وجه الا ان الاية تقدم ، وعلى مااخترناه من صحة اسلام الصبي ان وصف الولد الاسلام واسلم - تسقط حضانة ابويه الكافرين كما لايخفى - بل عن المسالك سقوط الحضانة وان لم يصح اسلامه واستدل بأن لايفتنوه من الاسلام الذى قد مال اليه - و هو كما ترى اذ لايخرج عن الاطلاق بمثل هذه الوجوه الاعتبارية .

(٤) صرح غيرواحد بانه يعتبرفيمن يحضن الولد العقل - فلاحضانة للمجنونة كانت الحضانة من قبيل الولاية ام لم تكن كك - فان المجنون يحتاج الى من يحضنه فكيف يحضن غيره ، وفي الجواهر قد يقال ان لم يكن اجماعاً ان الجنون وان كان اطباقا لا يبطل حقها من الحضانة وان انتقل الامر ح فى تدبير ذلك الى وليها كباقى الامور الراجعة اليها (وفيه) ان انتقال الامر الى وليها يحتاج الى دليل فما ذكروه حسن .

(٥) وعن المسالك وغيرها ان في الحاق المرض المزمن الذي لايرجى زواله كالسل والفالج بحيث يشغله الالم عن كفالته وتدبير امره وجهين من اشتراكهما فى المعنى المانع من مباشرة الحفظ واصالة عدم سقوط الولاية مع امكان تحصيلها بالاستنابة - اقول اقواهما الثاني اذ لا اشكال فى انه لا يلزم المباشرة فى الحضانة وعليه فسقوط الحضانة مع اطلاق الادلة ممالاوجه له، وبه يظهر ضعف ماعن سيد المدارك من انه لو كان المرض مما يعدي كالجذام والبرص فالاظهر سقوط الحضانة بذلك تحرزاً من تعدى الضرر الى الولد - لما عرفت من امكان الاستنابة .

ثبوت الحضانة للام بموت الاب

المسألة الثانية ﴿ولو مات الاب او كان مملوكا او كافرا فالام اولى﴾ بلا خلاف - اما اذا كان كافرا او مملوكا فلما تقدم وانما الكلام فيما لو مات بعد انتقال حق الحضانة اليه كما لو مات والولد اكبر من سبع وقد ادعى صاحب الجواهر الاجماع بحسب ظاهر كلمات الاصحاب على انتقال الحضانة الى الام دون الوصى

المنصوب من قبل الاب وغيره ـ واستشكل فيه صاحب الحدائق ـ قال لم اقف له على دليل فى النصوص وهم ايضاً لم يذكروا له دليلا مع ان عود الحق يحتاج الى دليل .

وقد استدل لماهو المتفق عليه فى الرياض والجواهر بوجوه ـ١ـ انها اشفق وارفق «واولو الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله» (١) (وفيه) ان ذلك وحده لايكفي في مقابل مادل على قيمومة الوصى على صغار الموصى الشامل لما اذاكان للصغار ام .

ـ٢ـ ان ذلك مقتضى الأصل في بعض الصور وهو ماذا مات الاب في اثناء مدة الرضاع فان مقتضى الاستصحاب هو بقاء حق الحضانة لها فاذا ثبت ذلك فى هذه الصورة يتم فى غيرها وهو ماذا مات الاب بعدانتقال الحضانةاليه ، وفيه (اولا) ان المختارعدمجريانالاستصحاب فىالاحكام الكلية (وثانياً) ان هذا الاصل لايجرى للنصوص المحددة لمدة حق الحضانة لها بسبع سنين الدالة بمفهوم الغاية على انه لاحق لها بعد تلك المدة الشاملة باطلاقها لهذه الصورة ومعه لا مورد للاستصحاب (وثالثاً) ان عدم القول بالفصل فى الحكم الواقعي بين الصورتين لايستلزم اتحادهما في الحكم الظاهري ايضاً كما لايخفى (ورابعاً) ان هذا الاصل يعارض اصالة عدم ثبوت حق الحضانة لها في الصورة الثانية المتمم فى الصورة الاولى بعدم القول بالفصل فتامل فانه يمكن ان يقال ان ذلك الاصل لايجري لابتلائه بالمعارض وهو عدم ثبوت الحق لغيرها مع العلم بثبوته اما لها او لغيرها .

٣ ـ ظهور قوله لاتضار الخ فى كون الحق لهما دون غيرهما الا انهمعوجود هما كان تفصيل الامر بينهما شرعا على ماعرفتواما مع موت احدهما فيبقى الاخر بلا معارض (وفيه) ماتقدم من عدم دلالة ذلكعلى ثبوت حق الحضانة لها اصلا .

٤ ـ ان النصوص تثبت احقية المرئة قبلسبع سنين واحقية الاب بعدهافاصل الحق ثابت لكل منهماالاانهيكونغيره احقمنه ـفاذا ماتالاحقكان الحق لذى الحق

(١) سورة الانفال آية ٧٥ .

(وفيه) ان المراد بالاحقية في النصوص هو الحق والا فلا ريب في انه مع وجود الاب لاحق للمرئة بعد سبع سنين اصلا كما لايخفى .

٥ - قوله (ع) في خبر داود بن الحصين المتقدم فاذا مات الاب فالام احـق به من العصبة (وفيه) انه مختص بصورة عدم وجود الوصي لان احتمال ثبوت الولاية على الصغير لهم انما هو في تلك الصورة والا فمع وجود الوصي لا ولاية لهم عليه قطعا والخبر انما يدل على تقديم الام على العصبة لودار الامر بينهما فهو اجنبي عن محل الكلام .

٦ - قوله (ع) في صحيح ابن سنان المتقدم وليس للوصي ان يخرجه مـن حجرها حتى يدرك ويدفع اليه ماله فانه صريح في ثبوت حق الحضانة للام مع وجود الوصي وهو وان اختص بما اذا مات الاب في اثناء المدة التي تكون الحضانة لها في تلك المدة الا انه يتم في غيره بعدم القول بالفصل - ولا يعارضه ادلة قيمومـة الوصي على الصغير لكونه اخص منها فيقدم عليها - وبذلك يظهر مافي الحدائق من عدم الوقوف على دليل يدل عليه ، ومقتضى اطلاق الصحيح عدم الفرق بين كونها مزوجة ام لا كما صرح به المصنف في محكي الارشاد (ودعوى) ان عدم التزويج شرط في ثبوت الحضانة لها مطلقاً - وثبوتها مناف لحقوق الزوج كما عن الشهيد الثاني (مندفعة) بما تقدم من عدم كونه شرطا في ثبوتها مطلقاً - وعدم منافاته معها بعد امكان الاستنابة . فالاظهر ثبوتها لها وان كانت مزوجة .

ولو ماتت الام في اثناء المدة التي لهاحق الحضانة فهل ينتقل هذا الحـق الى الاب - ام الى وصيها وجهان - من اختصاص النص بموت الاب - ومن عدم القول بالفصل .

حكم الحضانة مع فقد الابوين

المسألة الثالثة - قد اختلف الاصحاب في حكم الحضانة مع فقد الابوين على اقوال (١) ماعن الشيخ في المبسوط والحلي والمصنف في غير المختلف والمحقق

فى الشرايع وهو انه تكون الحضانة لاب الاب مقدما على غيره من الاخوة والاجداد وان شاركوه فى الارث ، (٢) ماعن الاكثر وهو تعدي الحكم الى باقي الاقارب وترتيبهم على حسب ترتيب الارث فينظر في الموجود من الاقارب ويقدر لو كان وارثا ويحكم له بحق الحضانة ثم ان اتحد اختص وان تعدد اقرع بينهم (٣) ماعن المصنف فى القواعد وهو انه مع فقد الابوين ينتقل الحكم الى الاجداد ويقدمون على الاخوة ولا يفرق بين الجد للاب وغيره ومع فقدهم ينتقل الى باقي مراتب الارث (٤) ماعن الشيخ المفيد في المقنعة وهو انه مع موت الاب تقوم امه مقامه فى ذلك فان لم يكن له ام وكان له اب قام مقامه فى ذلك فان لم يكن له اب ولا ام كانت الام التي هي الجدة احق به من بعيد ، (٥) ماعن الاسكافي قال من مات من الابوين كان الباقي احق به من قرابة الميت الا ان يكون المستحق له غير رشيد فيكون من قرب اليه اولى به فان تساوت القرابات قامت القرابات مقام من هي له قرابة في ولاية الى ان قال والام اولى مالم تتزوج ثم قرابتها احق به من قرابة الاب (٦) انه ينتقل الى قرابة الاب وهم العصبة - وفي المقام اقوال اخر .

والحق ان يقال انه مع فقد الابوين ينتقل حق الحضانة الى الخالة للعلوي(١) ان النبي (ص) قضى بابنة حمزة لخالتها وقال (ص) الخالة والدة - ومع فقدها او عدم قبولها فهو للجد - لان له ولاية المال والنكاح فيكون له ولاية التربية بطريق اولى وانما كانت الام اولى منه بالنص فمع عدمها تثبت الولاية - ومع فقده فهو للوصي وان لم يكن فالحاكم الشرعي لانه ولي من لا ولي له - ومع عدمه فالارحام على حسب مراتبهم في الارث لقوله تعالى(٢) «اولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله» ودعوى - تقديم العصبة وهم قرابة الرجل لقوله في خبر داود بن الحصين فاذا مات الاب فالام احق من العصبة اذ لو كان العصبة اجنبية عن هذا الحق بالمرة لا يستهجن هذا التعبير - مندفعة - بان ذلك وان كان يشعر بتقديمهم بل وبتقديمهم على الجد ايضاً - لكنه لا يكون دالا على ذلك فان التعبير يستحسن مع توهم كونهم ممن ينتقل اليهم هذا الحق بعد الام - فتدبر .

---

(١) الوسائل ، باب ٧٣ من ابواب احكام الاولاد (٢) سورة الانفال آية ٧٦

فی نفقة الزوجة

﴿الفصل العاشر فی النفقات﴾ فنقول من المعلوم انه لاتجب النفقة من حيث هي لا من حيث توقف حفظ النفس المحترمة عليها الا باحد الاسباب الثلاثة الزوجية والقرابة والملك باجماع الامة كما عن جماعة الاعتراف به ـ كذا فی الجواهر فالكلام يقع في موارد ـ ١ ـ في الزوجة ـ ٢ ـ في الاقارب ـ ٣ ـ في المملوك

﴿اما الزوجه فيجب لها النفقة﴾ اجماعا ـ ويشهد له آيات من الكتاب والسنة المتواترة ـ لاحظ ـ قوله تعالى (١) «لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله» ـ وقوله عز وجل (٢) « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من اموالهم» وقوله (٣) عز من قائل «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف» وقوله تعالى (٤) «وعاشروهن بالمعروف» وغير تلكم من الايات ـ وصحيح (٥) فضيل بن يسار وربعى بن عبدالله جميعا عن أبي عبدالله (ع) في قوله تعالى ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله قال ان انفق عليها مايقيم ظهرها مع كسوة والافرق بينهما ـ وموثق (٦) اسحاق بن عمار انه سئل اباعبد الله (ع) عن حق المرئة على زوجها قال (ع) يشبع بطنها ويكسوجثتها وان جهلت غفر لها الحديث ـ وخبر (٧) العزرمى عنه (ع) جائت امرأة الى النبي (ص) فسئلته عن حق الزوج على المرأة فخبرها ـ ثم قالت فما حقها عليه قال (ص) يكسوها من العرى ويطعمها من الجوع الحديث ـ الى غير تلكم من النصوص المتواترة الآتية جملة منها في ضمن المسائل الاتية ـ فهذا لاينبغي الكلام فيه لوضوحه ـ انما الكلام في قدر النفقة والشروط ـ واللواحق فالبحث في مقامات الاول في قدر النفقة ـ وفيه فروع .

ـ ١ ـ هل يختص الوجوب بانفاق ماتحتاج اليه المرئة ﴿من الاطعام والكسوة

---

(١) الطلاق آية ٨ .

(٢) البقرة آية ٢٣٤ .

(٣-٤) سورة النساء آية ٣٥ و ٣٠

(٥-٦-٧) الوسائل باب ١ من ابواب النفقات حديث ١-٣-٧ .

والسكنى﴾ فلا يجب غير ذلك - ام يجب كل ماتحتاج اليه من ماذكر ومن ادام واخدام والة الأدهان - ام يجب مثل الدواء واجرة الحمام والفصد والحجامةونحو ذلك ايضاً - ام يعم الوجوب مثل الكفارات الواجبة عليه وما شاكل - وجوه واقوال - وقد ذكر بعضهم ان الواجب ثمانية اشياء - الطعام - والادام - والكسوة والفراش - وآلة الطبخ والشرب - والة التنظيف - والسكنى - ونفقة الخادمة - وفي الجواهر بعد ذكرذلك وبعض كلمات اخر - قال لكن لا يخفى عليك مافي هذه الكلمات من التشويش والاضطراب ولو احالوا ذلك الى العادة لكان احسن وكانهم تبعوا في ذلك مافي كتب العامة الى ان قال ضرورة انه ان كان المدار في الانفاق بذل جميع ماتحتاج اليه المرئة لم يكن لاستثناء الدواء والطيب والكحل والفصد وجه وان كان المدار على خصوص الكسوة والاطعام والمسكن لم يكن لعدم الفرش والاخدام وخصوصاً ماكان منه للمرض وغير ذلك مما سمعته في الواجب منها وجه وان جعل المدرك في المعاشرة بالمعروف واطلاق الانفاق كان المتجه وجوب الجميع بل وغير ماذكروه من امور اخر لاحصر لها فالمتجه احالة جميع ذلك الى العادة في انفاق الازواج على الزوجات من حيث الزوجية لامن حيث شدة حب ونحوه من غير فرق بين ماذكروه من ذلك ومالم يذكروه مع مراعاة حال الامرأة والمكان والزمان ونحو ذلك انتهى .

اقول مقتضي اطلاق الايات الشريفة ماذكره ره - كما انه مقتضى جملة من النصوص كقوله فى صحيح فضيل ان انفق عليها مايقيم ظهرها فان اقامة الظهر كناية عن الاعاشة اى ان انفق عليها ماتحتاج اليه فى الاعاشة ونحوه غيره . ومافى خبر (١) شهاب بن عبد ربه عن الصادق (ع) قال قلت له ماحق المرئة على زوجها قال يسد جوعتها ويستر عورتها ولا يقبح وجهها فاذا فعل ذلك فقد والله ادى اليها حقها - لاينافي ذلك فان سد الجوع وستر العورة اريد بهما ماتحتاج اليه في الاعاشة كما يشهد به ذيله قلت فالدهن قال غبا يوما ويوم لاقلت فاللحم قال في كل ثلاثة

---

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب النفقات حديث ١

فيكون في الشهر عشر مرات لااكثر من ذلك والصبغ في كل ستة اشهر ويكسوها في كل سنة اربع اثواب ثوبين للشتاء وثوبين للصيف ولا ينبغي ان يقفر بيته من ثلاثة اشياء دهن الرأس والخل والزيت ويقوتهن بالمدفاني اقوت به نفسي وليقدر لكل انسان منهم قوته فان شاء اكله وان شاء تصدق به ولا يكون فاكهة عامة الا اطعم عياله منها ولا يدع ان يكون للعبد عندهم فضل الطعام ان ينيلهم في ذلك شيء مالم ينيلهم في ساير الايام - فانه كماترى بعد ماذكره من ان حقها سد الجوع وستر العورة وانه اذا فعل ذلك فقد والله ادى حقها - ذكر عدة اشياء غير داخلة في ماذكر اولا فيعلم من ذلك كون ماذكر في الصدر كناية عن اعاشتها - وعلى ذلك فالمتجه وجوب كل ماتحتاج اليه من الطعام والادام والكسوة - والاسكان والاخدام وآلة الادهان وآلة الطبخ والشرب والفراش وآلة الزينة والدواء واجرة الحمام ونحو ذلك مما يشمله اطلاق الانفاق والمعاشرة بالمعروف .

٢ - في تقدير الاطعام خلاف فعن الشيخ في الخلاف تقديره بالمد للرفيعة والوضيعة والموسر والمعسر ، وعن جماعة منهم الشيخ في المبسوط انه مد للمعسر ومدان للموسر ومد ونصف للمتوسط - وعن المشهور الاقتصار على سد الخلة - يشهد للاخير اطلاق الادلة ، واستدل للاول بصحيح شهاب المتقدم وبتقدير المدفي الكفارة قوتا للمسلمين فاعتبرت النفقة به لان كلا منهما مال يجب بالشرع لاجل القوت ويستقر في الذمة (ولكن) الصحيح محمول على ان ماتضمنه كان عادتهم في تلكم الاوقات - لعدم القول به من احد من الاصحاب غير الشيخ في الخلاف - وتضمنه لكون اللحم في كل ثلاثة ايام - وللصبغ الشامل للحناء والوسمة في كل ستة اشهر وغير ذينك من الامور التي لاقائل بتعينها - ويستفاد ذلك من الاخبار الواردة في الكفارات والصدقات كما في حديث ضيعة الامام الصادق (ع) المسماة بعين زياد اضف الى ذلك كله خبر (١) زيد الشحام عن الصادق (ع) في حديث واما نحن

---

(١) الوسائل باب ١ من ابواب النفقات حديث ١١ .

فنرزق عيالنا مدين من تمر ـ واما الثاني فهو لايخرج عن القياس(واستدل) للثاني بانه مقتضى الجمع بين التقدير بالمدفى الكفارة وبين ايجاب الشارع في بعض الكفارات لكل مسكين مدين (وفيه) مضافا الى كونه قياساً انه جمع تبرعي لاشاهد به ـ فالاظهر ماهوالمشهور بين الاصحاب من عدم التقدير والرجوع الى قدر الكفاية وسد الخلة وهي الحاجة .

واماجنس الطعام فقيل ان المعتبر فيه غالب قوت البلد كالبر في العراق والخراسان والارز في طبرستان والذرة في اليمن وماشاكل - لان المطلق يحمل على المعتاد ولانه من المعاشرة بالمعروف ، وعن المسالك الرجوع في ذلك ايضا الى مايعتاد لامثالها بل ظاهر كنز العرفان من نسبة ذلك الي الاصحاب تسالمهم على ذلك وهو ارجح من الاول اذا لمحكم فيما لاتعيين من الشارع نظر اهل العرف وهم يرون ذلك ولعله المعاشرة بالمعروف لاالاول ـ ويترتب على ماذكرناه ان اللازم مراعاة حال الزوجة لاالزوج ـ ودعوى ـ ان ذلك ربما يؤدي الى تكليف الزوج بما لايطاق بان تكون ذات شرف والزوج معسرا ـ مندفعة ـ بانه ينفق عليها ماقدر ويكون الزايد دينا عليه كما اذا لم يتمكن من اصل الاطعام .

وبذلك يظهر مافي الادام فان البحث فيه جنسا وقدرا كالطعام لاتحاد المدرك في الجميع ـ وعن المبسوط ان عليه في الاسبوع اللحم مرة لانه هو العرف ـ وعن الاسكافي ان على المتوسط ان يطعمها اللحم في كل ثلاثة ايام مرة ومن تعليلاتهم يظهر ارادة الجميع هو الرجوع فيه الى العرف في امثال المرئة وح اذا كانت عادة امثالها دوام اكل اللحم وجب لانه هو المعاشرة بالمعروف ـ وبه يظهر وجوب الجاي والتنباك والقهوة اذا كانت عادة لامثالها اولها خاصة بل اذا كان عادة امثالها اكل الشيء العزيز كالمربيات والحلويات ونحو ذلك وجب .

وايضاً يظهر ـ حال الكسوة والخدم والمسكن وغيرها مما يجب عليه لها قال الشهيد الثاني انها ترجع فيما تحتاج اليه من طعام وجنسه من البر والشعير والتمر والزبيب والذرة وغيرها والادام والسمن والزيت والشيرج واللحم واللبن والكسوة

من القميص والسراويل والمقنعة والجبة وغيرها وجنسها من الحرير والقطن والكتان والاسكان فی دار او بيت لائقين والاخدام اذا كانت من اهله من ذوي الحشمة والمناصب المرتفعة وآلة الادهان التي تدهن به شعرها او ترجله من زيت او شيرج مطلق او مطيب بالورد او البنفسج او غيرهما مما لايعتاد لامثالها انتهى - وبالجملة بالضابط الذي ذكرناه يظهر لك الحال في جميع هذه الفروع ، ثم انه بما ان حشمة الزوجة وما يقابلها تختلفان باعتبار الزوج فاللازم هو مراعاة امثال المرئة بما هي عليه ، وبما ذكرناه يظهر وجه عدم استثناء اجرة الحمام والفصد وماشاكل بل ويجب الضيافات الواجبة في العرف والعادة لامثالها وما تعتاد امثال المرئة من الاصطياف وما شاكل .

اقسام النفقة

٣ - للنفقة اقسام - احدها ملك بلا خلاف وهو طعام اليوم والليلة ونحوه مما يتوقف الانتفاع به على اتلافه كالصابون ونحوه - والشاهد به مضافاً الى الاجماع المدعي في كلمات جماعة - قوله (ع) في صحيح شهاب وليقدر لكل انسان منهم قوته فان شاء اكله وان شاء وهبه وان شاء تصدق به - اللهم الا ان يقال ان ذلك كله يلائم مع الاباحة المطلقة بناء على ماهو الحق مع عدم توقف الهبة والتصدق على الملك بل يجوز ان مع الاباحة المطلقة - ولذا قال في محكى كشف اللثام بامكان القول بعدم اعتبار الملك فيه وان الواجب هو البذل والاباحة ولايهمنا البحث فی ذلك بعد تسالمهم على - انه لو منعها وانقضى اليوم ممكنة استقرت نفقة ذلك اليوم في ذمته - وانها لو قترت على نفسها أو انفقت على نفسها من غيرها كان ذلك في ذمته وتستحقها عليه - وانها تملك المطالبة بنفقة يومها في صبيحته مع التمكين وانها اذا قبضتها تفعل بها ما تشاء .

ثم انها اذا قبضت نفقة يومها او ايامها المتعددة فطلقها الزوج فی الاثناء اومات او صارت هي ناشزة - يجب عليها رد مافضل عندها اليه او الى الورثة لانه يظهر

باحد هذه الامور عدم استحقاقها لها من حين حدوثه وتحققه ـ ويشهد به في الجملة خبر (١) زرارة قال سئلت ابا جعفر (ع) عن رجل سافر وترك عند امرأته نفقة ستة اشهرا ونحو امن ذلك ثم مات بعد اشهر او اثنين فقال ترد فضل ما عندها في الميراث .

القسم الثاني امتاع بلا خلاف كالمسكن والخادم ونحوهما مما علم من الادلة عدم اعتبار الملك في انفاقهن ـ والثمرة بين كونه امتاعا اوملكا ستأتي في القسم الثالث .

وهو مااختلفت كلماتهم فيه من حيث كونه امتاعا او ملكا كالكسوة وشبههامن اعيان النفقة التي لايتوقف الانتفاع بها على اتلافها وان كان الاستعمال يتلفها لكن بعد مدة نحو فراش النوم واليقظةوآلات التنظيف من المشط ونحوه ـ فعن المبسوط والقواعد وغيرهما انها ملك وهو الظاهر من الشرايع ـ وعن الارشاد وكشف اللثام وغيرهما انها امتاع ومال اليه في فوائد الشرايع وفي الرياض انهاشهر واجود وفي الجواهر ولعله كك ، وقد استدل للاول (بأن) ما في ذمة الزوج هو كلى الكسوة فاذا بذل شخصيتها لزم منه صيرورتها ملكا لها نحو المدفوع وفاء للدين (وبأن) عطف الكسوة على الرزق في الاية الكريمة (٢) «وعلى المولود لهرزقهن وكسوتهن» يقتضي ذلك بعد ثبوت الملكيةفي الرزق (وبالنبوي)(٣) فعليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ـ فان اللام ظاهرة في الملك (وبانه) يجب على الزوج في انفاقه ان يملك الزوجة الكسوة على وجه انلم يملكها لم يكن منفقا فيكون ذلك شرطا في انفاق الكسوة شرعا .

ولكن الكل قابلة للمناقشة (اما الاول) فلان وجوب انفاق الكسوة ان كان مقتضيالثبوب مال لها في ذمة الزوج كان ماافيدتا ما ـ واما ان كان هو خطاباً شرعيا نظير وجوب نفقة الارحام فاعطاء الشخص الخارجي انما هو لكونه متعلقاً لحقها ولها ان ينتفع به وهذ الايقتضي الملكية (واما الثاني) فلان العطف يقتضي المشاركة

---

(١) الوسائل باب ٩٩ من الوصايا حديث ١

(٢) البقرة آية ٢٣٤

(٣) الوسائل باب ٦ من أبواب النفقات حديث ٢

في الحكم الذي تكون الاية بصدد بيانه وهو وجوب الانفاق ـ وكون الرزق يعتبر فيه الملكية لدليل آخر غير ملازم لكون الكسوة كك (واما الثالث) فلضعف سنده للارسال مع ان اللام غير ظاهرة في الملكية بل هي ظاهرة في الاستحقاق الملائم مع الملكية وغيرها (واما الرابع) فلعدم الدليل على لزوم التمليك واعتباره في انفاق الكسوة .

ولكن مع ذلك كله هذا القول اظهر في خصوص الكسوة دون الفراش ونحوه لجريان العادة بتمليكها المحمول عليها الادلة الآمرة بانفاقها كما تقدم ـ ويؤيده انه اذا مات الزوج لايحتسب الكسوة من الميراث الا اذا كانت ازيد من المتعارف حتى عند المتدينات ولا ينكره احد من المتشرعين وعلى ذلك فالاظهر كونه ملكا في الكسوة وامتاعا في الفراش ونحوه .

بيان ثمرات القول بالملك او الامتاع

ثم ان الاصحاب ذكروا انه تظهر ثمرة لخلاف في كونها ملكا او امتاعا في موارد .

منها مافي القواعد ـ بناء على الملك ـ ولو طلقها قبل انقضاء المدة المضروبة للكسوة بان له استعادتها لابعدها ولو انقضى نصف المدة سواء لبستها اولا ثم طلقها احتمل على التمليك التشريك واختصاصها وكذا لو ماتت انتهى وفي الجواهر ولعل وجه الاختصاص انها ملكتها بالقبض واستحقتها بالتمكين الكامل فيكون كنفقة اليوم اذا طلقها في الاثناء ـ ولكن الاظهر التشريك ان كان في اثناء المدة المضروبة للكسوة والاختصاص ان كان بعدها سواء لبستها ام لم تلبسها لارادة الاستفصال ـ هذا على التمليك واما على تقدير الامتاع فيستعاد مطلقاً .

ومنها ـ انه لايصح لها بيع المأخوذ ولا التصرف فيه بغير اللبس من اجارة أو اعارة ونحوهما على الامتاع بخلاف الملك مالم ينافِ غرض الزوج من التزين والتجمل .

ومنها ان له اخذ المدفوع اليها واعطائه غيرها على الامتاع دون التمليك الا برضاها

ومنهاماعن المسالك وكشف اللثام من انه اذا لم يكسها مدة صارت الكسوة دينا عليه على التمليك دون الامتاع الذي معناة تمكينها من الانتفاع الذي لايتصور ضمانه بعد انقضاء مدته اذ ليس هو منفعة لها ولا عين - واورد عليهما صاحب الجواهر ره بانه يكفي في ضمانه كونه حقا مالياً لها - وفيه - ان الحكم بالضمان يحتاج الى دليل - وادلة الضمان محصورة - في قاعدة اليد - والاتلاف - والاقدام - وليس شيء منها يشمل مثل هذا الحق المالي .

ومنها ماعن كشف اللثام - انا لايصح الاعتياض عنها على الامتاع ويصح على التمليك - وفيه - انه يصح الاعتياض عنها على الامتاع بجعل اسقاطها عوضا فان الاسقاط ح له مالية يعوض عنه كما مر تفصيل القول في ذلك في مبحث مايصح جعله مهرا .

ومنها انه لو انقضت المدة والكسوة باقية طالبته بالكسوة لما يستقبل على القول بالملك دون الامتاع لبقائها على ملكه وفرض صلاحيتها لاكتسائها .

ومنها - انه لو اخلقتها قبل المدة بتقصير منها لم يجب عليها بدلها على الملك ويجب على الامتاع وان ضمنت ح له ما اتلفته بتقصيرها - ومنها غير ذلك مما يطول الكلام بذكره .

من شرائط وجوب النفقة التمكين

المقام الثاني في الشرائط - والمتفق عليه منها اثنان - الاول ماذكره المصنف ره بقوله ﴿مع العقد الدائم﴾ فلا نفقة لذات العقد المنقطع اجماعا - وفي خبر (١) هشام عن الصادق (ع) في حديث المتعة ولا عدة عليك - وقد تقدم الكلام في ذلك مفصلا .

﴿و﴾ الثاني ﴿التمكين التام﴾ وقد مر تفسير التمكين التام في مبحث

(١) الوسائل باب ٤٥ من ابواب المتعة حديث ١

النشوز في الفصل الثامن ـ واعتباره في الجملة مما عليه الاجماع بقسميه، ويشهد به خبر (١) تحف العقول عن النبي (ص) انه قال في خطبة الوداع ان لنسائكم عليكم حقا ولكم عليهن حقا حقكم عليهن ان لا يوطين فرشكم ولا يدخلن بيوتكم احدا تكرهونه الا باذنكم وان لاياتين بفاحشة فان فعلن فان الله تعالى قد اذن لكم ان تعضلوهن وتهجروهن في المضاجع وتضربوهن ضربا غير مبرح فاذا انتهين واطعنكم فعليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف، وقوى (٢) السكوني عن ابي عبدالله (ع) قال رسول الله (ص) ايما امرأة خرجت من بيتها بغير اذن زوجها فلا نفقة لها حتى ترجع و نحوه (٣) العلويان المرويان عن الجعفريات ـ ودعائم الاسلام ـ والمستفاد من هذه النصوص انه مع عدم القيام بالحقوق الواجبة للزوج تسقط نفقة الزوجة انما الكلام في المقام في موارد.

الاول ـ انه هل تجب النفقة بالعقد اذا كان دائماً وان سقطت بالنشوز أو انه يشترط مع العقد التمكين التام ـ المشهور بين الاصحاب هو الثاني وفي الرياض بل كاد ان يكون اجماعا مع انا لم نقف على مخالف فيه صريحاً بل ولا ظاهراً بل ظاهر الروضة الاجماع عليه ـ وقد استدل له (باختصاص) الامر بالانفاق بما يقتضيه العادة وليس من مقتضياته الوجوب الا بعد التمكين كما هو المشاهد من اهلها فانهم ينكحون ويتزوجون من دون انفاق الى الزفاف مع عدم اختلاف من الزوجات واهلهن مع الازواج المستمرين على ذلك ولانفاق (وبانه) لا اطلاق لادلة وجوب الانفاق والمتيقن منها صورة التمكين التام (وبما ورد) من ان النبي (ص) تزوج ودخل بعد سنين ولم ينفق الا بعد دخوله (وبان) العقد يوجب المهر عوضا فلا يوجب عوضا آخر (بان) النفقة مجهولة والعقد لا يوجب مالا مجهولا فالموجب هو التمكين (وبظهور) الامر بالمعاشرة بالمعروف في ذلك اي الانفاق مع التمكين لا بدونه (وبأن) الاصل براءة الذمة من وجوب النفقة خرج منه حالة التمكين بالاجماع فيبقى الباقي على الاصل (وبالاجماع).

(١ ـ ٢) الوسائل باب ٦ من ابواب النفقات حديث ٢ ـ ١.

(٣) المستدرك باب ٢ من ابواب النفقات حديث ١ ـ ٢

وفي جميع هذه الادلة نظر (اما الاول) فلانه لاوجه لدعوى اختصاص الادلة بما تعارف فعله في الخارج من عدم الانفاق بدون التمكين بعد ماعلق الامر بالانفاق فى الادلة على الزوجية وجعل ذلك من حقوق الزوجة (واما الثاني) فلانه لا وجه لمنع اطلاق الادلة والنصوص (واما الثالث) فلعدم علمنا بكيفية فعله (ص) (واما الرابع) فلان النفقة ليست من الاعواض والشارع انما اثبت وجوب النفقة على الزوجة فهو حكم متفرع على حصول الزوجية وبه يظهر مافى الخامس (واما السادس) فلان الامر بالمعاشرة بالمعروف لم يظهر لى كيف يقتضي عدم الانفاق الا مع التمكين سيما اذا كانت معذورة في عدم التمكين (واما السابع) فلان الاصل لايرجع اليه مع الدليل - فالاظهر ما فى الحدائق والجواهر من عدم اعتبار التمكين التام فى وجوب النفقة - نعم التمكين الذى يكون عدمه نشوزا يعتبر فى وجوب النفقة لما مر .

الثانى ان التمكين المعتبر على المختار هل هو شرط لوجوب النفقة ام النشوز الذى ضده يكون مانعاً اختار صاحب الجواهر ره الاول - واستدل له بان المستفاد من النصوص المتضمنة لحقوقه عليها اذا انضمت الى مادل على سقوط النفقة بالخروج من بيته بغير اذنه ان النشوز انما جعل مسقطا باعتبار تفويته الشرط الذي هو وجوب طاعتها وعرضها نفسها عليه وعدم خروجها من بيته بغير اذنه لا لانه مانع لوجوب النفقة - اقول كان الاولى من ذلك استدلاله بظاهر خبر تحف العقول المتقدم المعلق لوجوب النفقة على الاطاعة .

الثالث على القول المشهور من اعتبار التمكين هل يعتبر ان تظهر كونها ممكنة له فيما يريده من الاستمتاعات اما بأن تعرض نفسها عليه او بأن تقول سلمت نفسى اليك حيث شئت او اى زمان شئت ولو مع عدم مطالبة الزوج وارادته - ام لايكفي حصوله بالفعل بل لابد من لفظ يدل عليه من قبل - ام لايعتبر شيء من ذلك بل اذا كانت بحيث يصدق عليها انها ممكنة بأن تخلى بينها وبينه يجب النفقة اقوال - صرح بعضهم بالاول وعن المصنف ره فى التحرير اختيار الثاني وظاهر المسالك ان القائل به جماعة ، والاخير اظهر اذ غاية مايثبت بالدليل اعتبار التمكين التام ولادليل

على اعتبار ازيد من ذلك - وما عن كشف اللثام من انه لايتحقق التمكين التام الا بالاظهار - واضح الفساد ، سيما وقد افاد انه لا يحصل بدون الاظهار باللفظ - والنصوص(١) الدالة على عرض نفسها عليه كل غدوة وعشية ان كانت دالة على لزوم ذلك عليها الزم اعتبار ذلك فى وجوب النفقة فان تركه ح موجب للنشوز - والافلا دليل على اعتبار ذلك ايضاً - فالمتحصل مما ذكرناه ان المعتبر فى وجوب الانفاق التمكين الذى يعد عدمه نشوزاً ولعل ذلك مراد المصنف ره فى المقام حيث قال - والتمكين التام

﴿مع القدرة﴾

ثمرات الخلاف فى شرطية التمكين ومانعية النشوز

ثم ان الاصحاب فرعوا على النزاع فى شرطية التمكين ومانعية النشوز فروعا

منها انه لو تنازع الزوجان فى التمكين والنشوز بان ادعى الزوج النشوز والزوجة التمكين قالوا انه على القول بالشرطية يكون قول الزوج مقدما اذالاصل عدم التمكين وعلى القول بالمانعية يقدم قولها لاصالة عدم تحقق النشوز الموجب لسقوط ماوجب بالعقد (اقول) يتم ذلك على ماذكروه فى التمكين المعتبر - ولايتم على مااخترناه لان اصالة الصحة في فعل المسلم تقتضي موافقة قولها للاصل وكونها منكرة .

ومنها مالو لم يطالب الزوج من الزوجة بالزفاف ولم تمتنع هي منه ولاعرضت نفسها عليه و مضت مدة لذلك فانه على القول باعتبار التمكين لم تستحق المرئة النفقة لفقد الشرط - وعلى القول بمانعية النشوز استحقت لعدم النشوز - ولكن على ما بنينا عليه من انه على القول باعتبار التمكين المعتبر هو مايقابل النشوز فهذه الثمرة غير تامة ايضاً .

ومنها مالو كانت الزوجة صغيرة فقد ذهب القائلون بشرطية التمكين الى انه

---

(١) الوسائل باب ٧٩ من ابواب مقدمات النكاح

لانفقة لها لعدم تحقق التمكين من جانبها ولو مكنت منه لعدم صلاحيتها لذلك فان التمكين التام فى الشرع هو التمكين فى غير هذه الحال قالوا على القول بمانعية النشوز لها النفقة - ولكن الظاهر استحقاقها لها حتى على القول بشرطية التمكين بالمعنى المقابل للنشوز الذي لايتحقق الا بتقصيرها في اداء الحق فلها النفقة اذلاحق للرجل في وطئها ليكون امتناعها عنه نشوزا بل تجب النفقة وان امتنعت من ساير الاستمتاعات لعدم كونها مقصرة فى ذلك .

ومنها مالو كان الزوج صغيراً وهي كبيرة - فعن الشيخ في الخلاف والمبسوط انه لانفقة لها ونحوه عن الجامع والمهذب - واستدل له بعدم التمكين بانتفاء التمكن واشكل فيه في الشرايع نظرا الى تحقق التمكين من طرفها ولذا اختار المحقق وفاقا للاسكافى والحلى وجوب الانفاق - وربما يستدل لعدم الوجوب باختصاص التكاليف بالبالغين فالصغير لاتكليف عليه - ولكنه يتوقف على اختصاص الاحكام الوضعية بالبالغين وللكلام في ذلك محل آخر وقد اشبعنا الكلام فيه في كتاب الزكاة واثبتنا عدم الاختصاص الا في بعض الموارد (فالمتحصل) انه على المختار من وجوب النفقة لكل مرأة غير ناشزة تجب النفقة لها في المقام .

ومنها مالو امتنع الوطء لعذر شرعي او عذر عقلي كالحيض والمرض والرتق والقرن - او مالو اتفق الزوج عظيم الآلة وهي ضعيفة - او كانت هي ضئيلة وهو غيل يضر وطئه بها وان لم يكن عظيم الآلة بالنسبة الى غيره - فانه على ما هو المشهور بينهم من شرطية التمكين التام من الوطء لابد من البناء على سقوط النفقة فى هذه الموارد - وعلى مااخترناه من شرطية الطاعة فيما وجب عليها من حقوق الزوجية التى يكون انتفائها بالنشوز أومانعية النشوز لزم البناء على وجوب النفقة في جميع هذه الموارد كما هو واضح، ولكن الظاهر انه لاخلاف بينهم فى وجوب النفقة فى هذه الموارد (واستدلوا له) بعموم ادله الانفاق - وبامكان الاستمتاع بما دون الوطء قبلا - وبظهور العذر فيه فاسقاط النفقة به من غير المعاشرة بالمعروف وبانه ان لم تجب نفقتها مع دوام عذرها لزم دوام الزوجية بلا نفقة وهو ضرر عظيم -

وبأن المرض كايام الحيض فى ظهور العذر وتوقع الزوال ورضاه لما تزوج بـه فكانه اسقط حقه من التمكين بالوطء في حال المرض والحيض وماشاكل ورضى بما عداه فهو التمكين التام فى حقـه (والانصاف) ان شيئاً من هذه الوجوه لايصلح مدركاًللحكم الشرعي لان ادلة الانفاق على مادعوه اما مجملة او مقيـدة بالتمكين التام المنتفي في المقام ـ والاستمتاع بما دون الوطء قبلا لايجزى بعد كون الشرط عندهم التمكين من الوطء ـ وكون اسقاط النفقة بهمن غير المعاشرة بالمعروف لايفيد بعد دلالة الدليل على عدم وجوب النفقة ـ والضرر لايصلح منشأ لجعل الحكم فان قاعدته نافية لامثبته واسقاط الزوج حقه من التمكين بالوطء لايكفي في وجوب الانفاق.

في نفقة المطلقة

المقام الثالث في اللواحق ـ وفيه مسائل ـ الأولى ـ ان الزوجة الـدائمة الممكنة تجب نفقتها ﴿وان كانت ذمية او امة﴾ بلاخلاف لاطلاق الادلة .

الثانية ـ تثبت النفقة للمطلقة الرجعية بلا خلاف بل الاجماع بقسميه عليه كما فى الجواهر ـ ويشهد به نصوص كثيرة ـ كصحيح (١) سعد بن ابى خلف سئلت ابا الحسن موسى (ع) عن شيء من الطلاق فقال (ع) اذا طلق الرجل امرأته طلاقا لايملك فيه الرجعة فقد بانت منهساعة طلقها وملكت نفسها ولا سبيل له عليها وتعتد حيث شائتولانفقة لهاقال قلت اليس اللهيقول لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجـن قال فقال انماعنى بذلك التى تطلق تطليقة بعد تطليقة فتلك التي لاتخرج ولا تخرج حتى تطلق الثالثة فاذا طلقت الثالثة فقد بانت منه ولا نفقة لها والمرئة التي يطلقها الرجل تطليقة ثم يدعها حتى يخلو اجلها فهذه ايضاً تقعد في منـزل زوجها ولهـا النفقة والسكنى حتى تنقضى عدتها ،وخبر (٢) زرارة المروى عن المشايخ الثلاثـة بأسانيد متعددة عن الباقر (ع) المطلقة ثلاثا ليس لها نفقة على زوجهـا انمـا ذلك

(١ـ٢) الوسائل باب ٨ من ابواب النفقات حديث ١ـ٢

للتي لزوجها عليها رجعة ـ ونحوهما غيرهما .

ثم انه قد استثنى من ذلك موردان ـ ١ ـ قال الشهيد الثاني استثنى بعضهم آلة التنظيف لان الزوج لاينتفع بذلك وهو حسن ـ وقال سبطه والاطلاق اجود لعل الله يحدث بعد ذلك امرا ـ والظاهر ان نظره الى الروايات ففي موثق (١) ابى بصير عن الصادق (ع) في المطلقة تعتد في بيتها وتظهر له زينتها لعل الله يحدث بعد ذلك امرا ـ وفي خبر (٢) زرارة عنه (ع) المطلقة تكتحل وتختضب وتلبس ماشائت من الثياب لان الله عز وجل يقول لعل الله يحدث بعد ذلك امرا الحديث ـ ونحوهما غيرهما وبها استدل صاحب الحدائق ره على عدم استثنائها ـ ولكن ليس فى شيء منها مايشهد بكون آلة الزينة منه ـ والاولى الاستدلال له باطلاق الروايات وبما دل على (٣) انها في ايام العدة زوجة وعدم انتفاع الزوج بها لايدل على استثنائها ـ كيف فانها من النفقة وان كان الزوج في السفر ولاينتفع بها فالاظهر عدم الاستثناء .

٢ ـ ماعن المصنف ره في القواعد من استثناء وطئها في العدة للشبهة سواء حملت ام لا وتأخرت عدة الزوج عن عدتها وقلنا لارجوع له فى الحال فلا تجب النفقة على اشكال ، وذكر ره نظير ذلك في الزوجة الموطوئة بشبهة ايضاً ـ قال وفي المعتدة في شبهة ان كانت في نكاح فلا نفقة لها على الزوج على اشكال ـ وذكر في منشأ الاشكال في المقام ان النفقة انما تجب للزوجة ومن في حكمها وهي من في العدة الرجعية لكونها بمنزلة الزوجة الممكنة لان له الرجوع اليها متى شاء والامران منتفيان ومن بقاء حكم الزوجة وان امتنع الرجوع الآن لمانع واطلاق النص ، اقول الاظهر هو الثاني كما يظهر وجهه مما اسلفناه وعليه فيتم ماعن بعضهم من اختصاص ذلك بما اذا كانت الشبهة منها اومن الواطئ ايضاً ـ واما لو اختصت بالواطئ فالاظهر عدم النفقة لاولويته من النشوز المسقط للنفقة وبذلك يظهر حكم المسألة الاخرى التي هي نظير المقام .

(١ ـ ٢) الوسائل باب ٢١ من ابواب العدد حديث ١-٢

(٣) الوسائل باب ١٣ من ابواب اقسام الطلاق حديث ٦

الثالثة ـ لانفقة على المطلقة غير الرجعية ـ وكذا على المعتدة عدة الوفاة غير الحامل ﴿**فان طلقت بائنا او مات الزوج فلانفقة مع عدم الحمل**﴾ فهيهنا فرعان ـ ١ ـ لا نفقة على المطلقة البائنة غير الحامل وقد تكرر في كلماتهم دعوى الاجماع عليه وكثير من النصوص تشهد به ـ منها ماتقدم ومنها صحيح (١) ابن سنان او موثقه عن ابي عبد الله (ع) عن المطلقة ثلاثا على السنة هل لها سكنى او نفقة قال (ع) لا ونحوه موثق (٢) سماعة وخبر (٣) ابي بصير وصحيح (٤) الحلبي وغيرها، وبازائها خبران ـ احدهما صحيح (٥) ابن سنان سئلت ابا عبد الله (ع) عن المطلقة ثلاثا على العدة لها سكنى او نفقة قال (ع) نعم ـ ثانيهما خبر (٦) علي بن جعفر عن اخيه (ع) عن المطلقة الها نفقة على زوجها حتى تنقضي عدتها قال (ع) نعم لكن الثاني مطلق فالجمع بينه وبين ماتقدم يقتضي حمله على المطلقة الرجعية ـ واما الاول فالنسبة بينه وبين ماتقدم هو التباين وحمله على خصوص الحامل تبرعي وفي شهادة نصوص الطلاق مع الحمل كلام سيأتي وعليه فان كان حمله على الاستحباب جمعاً بينه وبين ماتقدم جمعا عرفيا فهو المتعين والافلابد من طرحه لاشهرية المعارض وغيرها من المرجحات التي معه.

٢ ـ لانفقة على المتوفى عنها زوجها ان لم تكن حاملا ـ والظاهر انه اجماعي ايضاً ويشهد به خبر زرارة الحاصر لوجوب النفقة على الرجعية ـ وفحوى مادل على عدم وجوب نفقتها ان كانت حاملا وسيأتي ـ وصحيح (٧) محمد بن مسلم عن احدهما (ع) عن المتوفى عنها زوجها الها نفقة قال (ع) لاينفق عليها من مالها ـ وخبر (٨) زرارة عن الصادق (ع) في المرئة المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة فقال عليه السلام لا ـ وبازاء جميع ذلك صحيح (٩) محمد بن مسلم عن احدهما (ع) قال المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من ماله ـ لكنه لعدم عمل الاصحاب به على اطلاقه ومعارضته لماتقدم لابد من طرحه او حمله على خلاف ظاهره من ارادة

(١-٢-٣-٤-٥-٦) الوسائل باب ٨ من ابواب النفقات حديث ١-٣-٥-٧-٨-١١
(٧-٨-٩) الوسائل باب ٩ من أبواب النفقات، حديث ٦-٣-٤

الانفاق عليها من مـال الولد ولذا جعله الشيخ ره دليـلا لذلك كما سيأتي .

في نفقة الحامل

الرابعة ـ المشهور بين الاصحاب انه يجب الانفاق على المطلقة الحامـل حتى تضع وكذا السكنى و في الجواهر بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه ـ ويشهد به قوله تعالى (١) «وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعـن حملهن وجملة من النصوص ـ كصحيح (٢) محمد بن قيس او حسنه عن الباقر (ع) الحامل اجلها ان تضع حملها وعليه نفقتها بالمعروف حتى تضع حملها ـ وصحيح (٣) عبدالله بن سنان عن الصادق (ع) في الرجل يطلق امرأتـه وهي حبلى قال (ع) اجلها ان تضع حملها وعليه نفقتها حتى تضع حملها ـ ونحوهما صحيح (٤) الحلبي وخبر (٥) الكناني واطلاق الجميع شامل للبائن ـ فان قيل ان النسبة بينها وبين مادل على انه لانفقة على المطلقة البائنة عموم من وجه فكيف يقدم هذا ـ قلنا ـ اولا ان الاية تقدم ولا تلاحظ المرجحات بالنسبة اليها ـ والنصوص تقدم لاشهريتهـا وغيرها من المرجحات وقد يقال انه لا معارضة بينها فان تلكم النصوص تدل على انه لانفقة لها من حيث الزوجية وهذه تدل على ان لها النفقة من حيث الحمل فتأمل .

وهل تثبت النفقة للحامل البائنة بالفسخ ـ ام لاوجهان اظهـرهما الثانـي ـ لاختصاص الادلة بالطلاق فاثبات الحكم في غيره قياس لانقول به ـ ثم انهم اختلفوا فى ان النفقة هل هى للحمل ـ ام لامه ـ فعن الشيخ وجماعة انها للحمل ونسبه فى الحدائق الى الاكثر وعن ابن حمزة وجماعة انها للام ـ وتوقف فى المسئلة جماعة منهم الشهيد الثاني ره ـ واستدل للاول ـ بدور ان وجوب النفقة مع الحمل وجودا وعدما ـ وبانها لو كانت حائلا فانها لانفقة لها ومتى كانت حاملا وجبت النفقة فلما

---

(١) الطلاق آية ٧

(٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ٧ من ابواب النفقات حديث ٣-١-٤-٢

وجبت بوجوده وسقطت بعدمه دل على انها له كدور انها مع الزوجية وجوداً وعدما وبوجوبها له منفصلا فكذا متصلا - وبنص الاصحاب على انه ينفق عليها من مال الحمل - وبانتفاء الزوجية التي هي احد اسباب الانفاق كالملك فليس الا القرابة - واستدل للثاني بانه لو كانت للحمل لوجبت نفقته دون نفقتها ولما كانت نفقته مقدرة بحال الزوج لان نفقة الاقارب غير مقدرة بخلاف نفقة الزوجة - وبانه لو كانت للحمل لوجبت على الجد كما لو كان منفصلا ولسقطت بيساره بارث او وصية قد قبلها وليه - ولكن هذه الوجوه كما ترى اعتبارات لا تصلح للحكم الشرعي - ولنعم ما قال سيد الرياض انه استند الجانبان الى اعتبارات واهية ربما اشكل التمسك بها في اثبات الأحكام الشرعية .

والحق ان يقال بعد توجيه ماذكروه من ان النفقة للحمل بانه ليس المراد كونها له حقيقة حتى يوجه باعتبار صيرورتها سببا لتعيش الحمل فاطعامها وكسوتها وسكناها مقدمة له فان الانفاق عليه انما يكون بالانفاق علي امه فان ذلك كما ذكره صاحب الجواهر ره من المضحكات بل المراد به بعد الانفاق منهم جميعاً على كون النفقة على الحامل يكون علة تامة لذلك وموضوعاً له وهو يوجب جعل ماينفق على الام بحكم نفقة القريب فيجري عليها ح حكمها في مقابل القول الاخر وهو ان الحمل وان كان واسطة الا انه واسطة في صيرورة المرئة بحكم الزوجة كالرجعة في غيرها فيجري عليها ح حكم نفقة الزوجة - وعلى ذلك فيمكن الاستدلال لكون النفقة للام بظهور الاية الكريمة فانها تشمل الرجعيات والبائنات وحيث لا كلام في ان نفقة الاولى نفقة زوجة فكذا الثانية لظهورها في اتحاد النفقتين فيهما بل وبظهور النصوص فانها ظاهرة في اتحاد النفقة عليها قبل الطلاق وبعده ولو من باب الاطلاق المقامي - وعليه فيصح استدلال سيد المدارك لهذا بانه المستفاد من الاية الكريمة .

ثم انهم ذكروا لثمرات هذا الخلاف موارد (منها) ما اذا لم ينفق عليها حتى مضت مدة او مجموع العدة فلا قضاء على القول بانها للحمل لان نفقة الاقارب لا تقضي بخلافه على القول بأنها للام ، فان نفقة الزوجة تقضى .

(ومنها) مالو كانت ناشزة وقت الطلاق او نشزت بعده فان المتجه السقوط على الثاني ولا تسقط على الاول (ومنها) سقوطها بموت الزوج على الاول دون الثاني (ومنها) استرداد نفقة اليوم لو سلمها اليها اذا خرج الولد ميتا في اوله على الاول دون الثاني ومنها غير ذلك مما يطول الكلام بذكره - والتامل فيها يوجب بطلان جملة منها وصحة الاخرى فلا حاجة الى التفصيل .

نفقة المتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملا

الخامسة - في وجوب نفقة الحامل المتوفى عنها زوجها اقوال (١) ما ذهب اليه الشيخ في النهاية والصدوق في المقنع ، وابن الجنيد ، وابو الصلاح وابنا البراج وحمزة وهو وجوب الانفاق عليها من مال الولد وفي الحدائق نسبته الى المشهور بين المتقدمين (٢) ما عن ابن أبي عقيل والشيخ المفيد والحلي والمحقق والمصنف وساير المتأخرين وهو انه لانفقة لها بل في الرياض انه حكى الشهرة المطلقة عليه جماعة (٣) ماعن بعض المحدثين وهو وجوب الانفاق عليها من نصيب الولدان كانت محتاجة والا فلا نفقة لها وفي الحدائق وهو لا يخلو عن قرب .

ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص فانها على طوائف (الاولى) ما يدل على انه لانفقة لها كصحيح (١) الحلبي او حسنه عن الصادق (ع) في الحبلى المتوفى عنها زوجها انه لانفقة لها - وحسن (٢) الكناني عنه (ع) في المرئة الحامل المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة قال (ع) لا - وخبر (٣) زرارة عن ابى عبد الله (ع) في المرئة المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة قال (ع) لا ونحوها غيرها (الثانية) مايدل على انه لانفقة للمتوفى عنها زوجها اعم من ن تكون حاملا املا - كصحيح (٤) محمد بن مسلم عن احدهما (ع) عن المتوفى عنها زوجها الها نفقة قال (ع) لاينفق عليها من

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب ٩ من ابواب النفقات حديث ١-٢-٣-٦-٤.

مالها (الثالثة) مايدل على انه ينفق عليها من نصيب ولدها كخبر (١) ابى الصباح الكنانى عن ابى عبد الله (ع) المرئة الحبلى المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذى فى بطنها وقد وصفوه جماعة بالصحة ـ واورد عليهم سيد المدارك بان فى طريقه محمد بن الفضيل وهو مشترك بين الثقة والضعيف ولعلهم اطلعوا على قرائن افادت انه ثقة ـ ونحوه عن المسالك ـ وتبعهما صاحب الجواهر من غير ذكر ولعلهم الخ ـ اقول الظاهر انه الثقة في المقام بقرينة رواية محمد بن اسماعيل بن بزيع عنه ورواية الصدوق عنه عن الكنانى ـ فان هذين ذكرا للتمييز فالاظهر صحة وصفه بالصحة (الرابعة) مايدل على انه ينفق عليها من جميع المال او من مال الزوج كخبر (٢) السكونى عن جعفر عن ابيه عن علي (ع) نفقة الحامل المتوفى عنها زوجها من جميع المال حتى تضع ـ وصحيح (٣) محمد بن مسلم عن احدهما (ع) المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من ماله .

اما الطائفة الاخيرة فلعدم العامل بها لايعمل بظاهرها ـ وعليه فيمكن ان يقال في صحيح ابن مسلم ان قوله من ماله كان من مالها ويشهد به صحيحه الاخر الذي رواه عن احدهما وقد تقدم واما الطائفة الثانية فهي مطلقة قابلة للحمل على غير الحامل فالتعارض انما يكون بين الطائفة الاولى والثالثة ـ وقد جمع الشيخ ره بين الطائفتين بحمل الاولى على ارادة انه لانفقة لها من مال الميت وان كان لها النفقة من مال الولد وارتضاه جماعة من الاساطين ـ وهو وان كان في بادي النظر جمعا لاباس به الا انه ينافيه ـ قوله في صحيح محمد بعد مانفى كون النفقة لها ينفق عليها من مالها فتأمل (وعن) تمهيد المفيد انه انكر ذلك اشد الانكار وقال ان الجنين وهو جنين لا يعرف له موت ولاحياة فلا ميراث له ولامال فكيف ينفق على الحبلى من مال من لامال له لولا السهو في الرواية والادخال فيها (وفيه) ان المراد به المال المعزول للولد فان خرج حيا حسب عليه والا يكون تالفاً على الجميع (وعن) بعض المحدثين الجمع بين النصوص بحمل الاولى على غير المحتاجة ـ والثانية علي المحتاجة الواجب

(١ ـ ٢) الوسائل باب ١٠ من أبواب النفقات حديث ١ ـ ٢

(٣) الوسائل باب ٩ من ابواب النفقات حديث

نفقتها عليه (وفيه) انه جمع تبرعي لاشاهد له .

والانصاف تمامية الجمع الذي ذكره الشيخ ره - ولا يرد عليه ماذكرناه فان صحيح محمد مطلق يحمل على غير الحامل فالجمع بين النصوص يقتضي البناء على انه ينفق عليها من مال ولدها ، والظاهر انه الى هذا الجمع نظر المصنف ره في محكي المختلف حيث قال والتحقيق ان نقول ان جعلنا النفقة للحمل فالحق ما قاله الشيخ وان جعلناها للحامل فالحق ماقاله المفيد فيكون مراده ان الجمع بين النصوص يقتضي حمل مادل على وجوب الانفاق عليها من مال ولدها ان هذه النفقة للولد لا للحامل - وحمل مادل على انه لانفقة بالكلية على النفقة للحامل ومآله الى انها تستحق النفقة للولد ولا تستحقها لنفسها - فلا يرد عليه ما اورده السيد في المدارك والشيخ في الجواهر ، وان ابيت عن كون هذا الجمع عرفياً - فالمتعين الرجوع الى المرجحات وهي تقتضي تقديم الطائفة الثالثة لان مضمونها مشهور بين المتقدمين كما مر فتحصل ان الاظهر هو القول الاول .

السادسة ﴿**وتقضى**﴾ نفقة الزوجة ﴿**مع الفوات**﴾ بأن لم ينفق عليها مع كونها غير ناشزة كما تقدم الكلام فيه مفصلا .

نفقة الاقارب

﴿**واما الاقارب فيجب**﴾ الانفاق على بعضهم دون بعض - وتفصيل القول في ذلك يقتضي البحث في موارد - الاول - فيمن ينفق عليه - الثاني - في شرائط وجوب الانفاق - الثالث - في كيفية الانفاق - الرابع - في ترتيب المنفقين - الخامس في ترتيب المنفق عليهم - اما الاول - ففي المتن انه يجب ﴿**للابوين وان علوا - وللاولاد وان نزلوا خاصة**﴾ فهيهنا فروع .

-١- انه يجب النفقة على الابوين والاولاد وعليه الاجماع بل في الجواهر

عليه الاجماع من المسلمين ـ ويشهد به نصوص مستفيضة او متواترة كصحيح (١) الحلبي عن الصادق (ع) قال قلت من الذي اجبر في نفقته قال (ع) الوالدان والولد والزوجة والوارث الصغير ـ وصحيح (٢) جميل بن دراج لايجبر الرجل الاعلى نفقة الابوين والولد قال ابن ابي عمير قلت لجميل والمرئة قال قد روى عنبسة عن ابي عبد الله (ع) اذا كساها مايوارى عورتها ويطعمها مايقيم صلبها اقامت معه والا طلقها قلت فهل يجبر على نفقة الاخت فقال لو اجبر على نفقة الاخت كان ذلك خلاف الرواية ـ وخبر (٣) حريز عن ابي عبد الله (ع) قال قلت له من الذي اجبر عليه وتلزمني نفقته قال (ع) الوالدان والولد والزوجة ـ وحسن (٤) محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام قال قلت له من يلزم الرجل من قرابته ممن ينفق عليه قال (ع) الوالدان والولد والزوجة ونحوها غيرها .

٢ ـ المشهور بين الاصحاب انه يتعدى الوجوب الى من علا من الاباء والامهات أو سفل من الاولاد ـ بل الظاهر انه مما لاخلاف فيه بل لم يعرف المناقشة من احد سوى المحقق في الشرايع والنافع في آباء الاباء وامهاتهم مع انه قال اشبهه واظهره الوجوب ـ ويشهد به مضافا ـ الى صدق الوالدين والولد على الجميع ـ الخبر (٥) في الزكاة يعطى منها الاخ والاخت والعم والعمة والخال والخالة ولا يعطي الجد والجدة خصوصاً بعد توافق النص والفتوى على ان الزكاة لاتعطي الابوين لوجوب نفقتهما ـ وفي الصحيح (٦) خمسة لا يعطون من الزكاة شيئاً الاب والام والولد والمملوك والزوجة وذلك انهم عياله لازمون له .

٣ ـ صرح الاصحاب بانه لايجب نفقة من عدا من ذكرناه من الاقارب كالاخوة والاعمام والاخوال وغيرهم بل في الرياض الاجماع في الظاهر عليه ـ ونقل المصنف ره في القواعد قولا بالوجوب على الوارث واسند ولده في الايضاح هذا القول

(١ـ٢) الوسائل باب ١ من أبواب النفقات ، حديث ٩ـ٤
(٣ـ٤) الوسائل باب ١١ من ابواب النفقات حديث ٣ـ٥
(٥ـ٦) الوسائل باب ١٣ من ابواب المستحقين للزكاة حديث ٣ـ١

الى الشيخ مع انه على مانقل عنه في المبسوط قطع باختصاصها بالعمودين واسند وجوبها للوارث الى الرواية وحملها على الاستحباب - وكيف كان فيشهد للمشهور النصوص المتقدمة الحاصرة لوجوب النفقة فيمن ذكر فيها - والنصوص (١) المستفيضة الدالة على اعطائهم الزكاة المنافي لوجوب الانفاق عليهم كما مر - واما مافي الصحيح السابق المتضمن لوجوب الانفاق على الوارث الصغير فللاتفاق على عدم الوجوب يحمل على الاستحباب - وكذا العلوي (٢) في يتيم خذوا بنفقته اقرب الناس منه من العشيرة كما يأكل ميراثه - وقد دلت النصوص على استحباب الانفاق عليهم - لاحظ مرفوع (٣) زكريا الى ابى عبد الله (ع) من عال ابنتين أو أختين أو عمتين أو خالتين حجبتاه من النار باذن الله ونحوه غيره ، واما الآية الكريمة (٤) «وعلى الوارث مثل ذلك» فغير دالة على خلاف ماذكرناه فان الظاهر ان المراد بالوارث هو الصبي الرضيع اي عليه في ماله الذي ورثه مثل ماكان على ابيه من الانفاق على امه كما يشير اليه المرتضوى - ولتمام الكلام في الآية محل آخر .

شروط وجوب الانفاق

واما المورد الثاني فقد صرح غير واحد بأن وجوب الانفاق على المذكورين مشروط ﴿ بشرط الفقر والعجز عن التكسب ﴾ وغنى المنفق - ولا يعتبر شيء آخر فهيهنا فروع .

الاول يعتبر الفقر في المنفق عليه والظاهر انه لاخلاف فيه بل عن ظاهر بعضهم الاجماع عليه ، واستدل له - بالأصل السالم عن معارضة الادلة السابقة بعد انصرافها لغير المفروض - وهو قابل للمناقشة بمنع الانصراف ، فالاولى الاستدلال له مضافا

---

(١) الوسائل باب ١٥ من أبواب المستحقين للزكاة

(٢) الوسائل باب ١١ من أبواب النفقات حديث ٤

(٣) الوسائل باب ١٢ من أبواب النفقات ، حديث ١

(٤) البقرة آية ٢٣٣ .

الى تسالم الاصحاب عليه انه المفهوم من ايجاب نفقة كل من الابوين والاولاد على الاخر فانه اذاكان الوجوب مطلقاً لزم فيما كان الاب والولد غنيين ان يجب نفقة الاب على الولد ونفقة ذلك الولد على الاب وهذا كما ترى فالمفهوم عرفاً من ايجاب الانفاق على كل منهما للاخر اشتراط الفقر في المنفق عليه فيجب على كل منهما ان ينفق على الاخر ان كان فقيراً ، ولعل هذا هو السر في اعتبار غنى المنفق الذي اتفقت كلمتهم عليه .

الثاني المشهور بين الاصحاب اعتبار عجز المنفق عليه عن الاكتساب اللايق بحاله ، واستدلوا له بأن النفقة معونة على سد الخلة والمكتسب قادر فهو كالغني ولذا منع من الزكاة والكفارة المشروطة بالفقر ولا وجه لمنع صدق الغنى عرفاً على القادر المعرض عن الاكتساب بل يصدق عليه انه محتاج فان العرف ببابك فاختبر منهم حال ذوي الحرف والصنايع اذا اعرضوا عن شغلهم وظلوا كمن لاشغل له فانه لايشك احد منهم في عدم صدق الفقير عليهم فهذا مما لااشكال فيه ـ انما الكلام في انه لم يدل دليل لفظي على عدم وجوب الانفاق على الفقير كي يتمسك باطلاقه وانما المخصص لاطلاق الأدلة لبي كما مر والمتيقن منه غير ذلك ـ اللهم الا ان يقال ان المخصص اللبي المجمل اذاكان بحكم القرينة المتصلة كما في المقام يسرى اجماله الى العام فلا اطلاق للادلة يشمل القادر على التكسب والاصل يقتضي عدم وجوبه وهذا هو الاظهر ـ فالاظهر اعتبار ذلك ـ بل عن بعضهم ان الامرأة القادرة على التكسب بالتزويج كك بحكم الغني ولكنه ممنوع ـ وعن شرح النافع احتمال اشتراط عدم تمكن القريب من اخذ الزكاة ونحوها من الحقوق ـ وهو غريب فان تلكم الحقوق كهذا مشروطة بالفقر ـ نعم لو اخذها وصار غنياً لايجب الانفاق عليه .

الثالث ـ تجب النفقة ولو كان المنفق عليه فاسقاً او كافراً بلا خلاف بل عن جماعة الاجماع عليه ـ واطلاق النصوص المتقدمة شاهد به ـ مع انه في الوالدين امرنا

بمصاحبتهما بالمعروف مع كفرهما الذي هو كالمخصص لما تضمن (١) النهي عن الموادة لمن نصب لله المحادة لو سلم شموله للمقام ـ مع ـ انه ممنوع لعدم صدق الموادة على الانفاق فيثبت في الاولاد لعدم القول بالفصل .

الرابع ـ يشترط في المنفق ان يكون غنيا لمامر ـ وهل يعتبر عجز الفقير الذي يجب عليه الانفاق عن الاكتساب ـ وجهان من اطلاق الامر بالانفاق واطلاق الامر باعطائه الأجر للرضاع وان القادر على التكسب غنى في الشرع ـ ومن الاقتصار فيما خالف اصل البرائة وغيره على محل اليقين وهو الوجوب بشرط الغنى الفعلي وان النفقة عليهم مواساة ولا مواساة على الفقير وان كان قادراً على الاكتساب وان الله تعالى قال(٢) «لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتيه الله» ولم يقل فليكتسب اظهرهما الاول كما عن المبسوط والتحرير ـ لان اصل البرائة لايرجع اليه مع الدليل والقادر على الاكتساب داخل في ذي السعة وفيما آتيه الله تعالى .

الخامس ـ اذا كان له ما يمكنه ان ينفقه على نفسه او زوجته او قريبه لا اشكال في تقدم نفسه لاهمية النفس عند الشارع ـ ولو تمكن زايدا من نفقة نفسه على نفقة زوجته اوقريبه قالوا يقدم الزوجة ـ واستدلوا له بان نفقة الزوجة نفقة معاوضة، والاولى ان يستدل له بان نفقة الزوجة تثبت في الذمة وليست نفقة القريب كك فمن عنده بمقدار نفقة احدهما يشتغل ذمته بنفقة الزوجة فبالنسبة الى القريب يكون فقيرا فلا تجب نفقة القريب، ويمكن ان يستدل له بوجه آخر . وهو ان وجوب نفقة القريب مشروط بالغنى ووجوب نفقة الزوجة مطلق فشمول دليل وجوب نفقة الزوجة الذي هو لعدم كونه مشروطاً يشمله رافع لموضوع وجوب نفقة القريب فالاظهر ماافادوه من تقديم نفقه الزوجة .

---

(١) المجادلة آية ٢٢ .
(٢) الطلاق آية ١١٧ .

كيفية الانفاق

وأما المورد الثالث ـ فالواجب قدر الكفاية من الاطعام والكسوة والمسكن وما يحتاج اليه مما جرت العادة بانفاقه مع اعتبار اللائق بالحال فى الجميع نحو ما مر في نفقة الزوجة ، وانما الفرق بينهما في ان الظاهر تسالمهم فى المقام على انها امتاع ـ وفى الزوجة على انها ملك ـ وقد مر هناك انه لا يستفاد حتى من قوله(ع) في صحيح شهاب ـ ليقدر كل انسان منهم قوته ان شاء وهبه وان شاء تصدق به الشامل للمقام ازيد من الامتاع ـ وان البناء فيها على كونها ملكاً انما هو لاتفاق الاصحاب عليه ـ وعليه فلا اشكال فى المقام فى كونه امتاعاً ـ نعم يجوز له ان يقتر على نفسه ويهب ما ينفق عليه وان يتصدق به ـ ويمكن ان يفرق بينهما بوجه آخر ـ وهو انه لو فرض استغنائه فى المقام بضيافة ونحوها لم تجب له نفقة بخلاف الزوجة ـ فان المدار هنا على الحاجة بخلافه هناك، فهل يجب اعفاف من يجب عليه النفقة له ام لا ـ المشهور بين الاصحاب هو الثاني ـ والمراد بالاعفاف ان يصيره ذا عفة اما بتزويجه او يعطيه مهراً يتزوج به ـ وعن بعض الاصحاب وجوب اعفاف الاب ، اقول انه تارة يحتاج الى النكاح ويشق عليه الصبر ـ واخرى لا يكون كك ـ لا يبعد القول بالوجوب فى الصورة الاولى من غير فرق بين الاب والابن فانه ح داخل فيما يحتاج اليه فى الاعاشة ويكون من قبيل الدواء ونحوه الذي عرفت فى مبحث نفقة الزوجة وجوبها ـ واما فى الصورة الثانية فالاظهر عدم الوجوب ـ فان المأمور به فى النصوص النفقة الظاهرة فيما هو المتعارف فى الانفاق من سد الغورة وستر العورة وما يتبعهما غير الشاملة للاعفاف ـ ولعل محل كلام الفقهاء هو الصورة الثانية ـ وبعبارة اخرى ان محل البحث هو الاعفاف من حيث كونه اعفافاً لا مع الاحتياج اليه لشدة شبق او اذية فيتم ما ذكروه ـ واما المصاحبة بالمعروف المامور بها في الوالدين فانما يراد بها المتعارف منها وليس هو الا ما ذكرناه لا اقل من الشك والاصل البرائة .

ثم انه لو تزوج اما بان زوجه المنفق او كان له مال بقدر التزويج وتزوج به وصار فقيرا فهل تجب نفقة الزوجة ح كما عن الشيخ في المبسوط لانها

من جملةمؤونته وضروراته كنفقة خادمه حيث يحتاج اليه - ام لا تجب كما عن المصنف ره في المختلف - ام تكون نفقه الزوجةتابعة للاعفاف فان وجب وجبت والا استحبت كما عن الشهيد الثاني في المسالك وجوه ، والحق ان يقال انه ان وجب التزويج وكانت الزوجة بحيث لابد من بذل نفقة لها وجبت نفقتها عليه لكونها ح مما يحتاج اليه وتكون بحكم الدواء وما شاكل وان لم يجب التزويج او وجب ورضيت الزوجة بكون نفقتها دينا عليه - لاتجب لعدم اندراج نفقتها ح في نفقته الواجبة عى المنفق فتدبر .

ترتيب المنفقين

﴿و﴾ أما المورد الرابع ففي المتن ﴿**على الاب نفقة الولد فان فقداو عجز فعلى اب الاب وهكذا فان فقدوا فعلى الام فان فقدت فآبائها**﴾ والظاهر انه لا خلاف في شيء من ذلك ويشهد لتقدم الاب على الام ، قوله تعالى (١) « فأن ارضعن لكم فآتوهن اجورهن» فانه يدل على ان اجر الرضاع على الاب وان كانت الام موسرة وبعدم القول بالفصل يثبت في الولد الكبير - والاجماع على عدم وجوب الارضاع على الام ، ويمكن ان يستدل له بأن النصوص مختصة بالرجل فشمولها للام انما هو بقاعدة الاشتراك المفقود هنا بالاجماع - ويشهد لتقديم الاب على اب الاب وهكذا بعد شمول النصوص للجميع لصدق الاب على الجد والابن على ابن الابن - الاجماع - المؤيد بالاية (٢) «اولو الارحام بعضهم اولى ببعض فى كتاب الله» وبقول امير المؤمنين (ع) في الخبر السابق (٣) خذوا بنفقة اقرب الناس منه من العشيرة كما يأكل ميراثه - ويشهد لوجوب النفقة على ام الولد مع فقد الاباء قاعدة الاشتراك ، وعلى انه مع عدمها تجب على ابائها بالترتيب السابق ماتقدم

(١) الطلاق آية ٧
(٢) سورة الانفال آية ٧٦
(٣) الوسائل باب ١١ من ابواب النفقات حديث ٤

مضافا الى الاجماع في جميع ذلك .

ولو كان له ابن واب موسران قالوا نفقته عليهما بالسوية ـ وربما يحتمل الوجوب كفاية ـ او كون التخيير بيد المنفق عليه ـ او الرجوع الى القرعة ـ ولكن الاظهر هو الاول فان المستفاد من توجه الامر بشيء قابل لان يشترك فيه الى جماعة كونه بينهم بالسوية ـ لاحظ مالو امر المولى عبيده بكنس البيت فان المفهوم عرفاً من ذلك لزوم اشتراكهم فيه ومعه لايصغى الى ماقيل من اقتضاء الخطاب تكليف كل واحد منهم بتمام النفقة لا النصف او الثلث ـ ولو اجتمع الابن والبنت فقد استظهر جماعة استوائهما ـ لاطلاق النصوص بضميمة ماذكرناه ـ وعن شاذ اختصاصه بالذكر ـ وعن آخر فعلى حسب الميراث ـ وضعفهما ظاهر لمن تدبر ـ ولو اجتمع الاب مع ابن الابن او الابن مع أب الاب وجبت النفقة على الاقرب لانه المقدم على الابعد كما مر ـ ولو كان له أم وولد فالظاهر ان النفقة على الابن لتقدمه على الجد المقدم على الام ـ ثم ان في المقام شقوقا اخر يظهر حكمها مما ذكرناه فلا حاجة الى تطويل الكلام .

ترتيب من ينفق عليه

واما المورد الخامس ـ فقد عرفت ان نفقة النفس مقدمة على نفقة الزوجة ونفقة الزوجة مقدمة على نفقة القريب ـ انما الكلام في هذا المورد ـ في الترتيب بين من ينفق عليه في نفقة القريب فلو كان له ابوان وفضل له مايكفي احدهما فمع فرض انتفاعهما به كانا فيه بالسواء لانه يجب نفقة كل منهما وحده فمع فرض الاجتماع يكون من قبيل المال المردد بين الشخصين الذي يقتضي التنصيف فيه قاعدة العدل والانصاف المقدمة على دليل القرعة (١) ومع فرض عدم انتفاعهما به يتعين الرجوع الى القرعة لانه اذا لم ينسد خلة الجميع لزمه الانفاق على من ينسد به خلته واحداً كان او أكثر ـ ولا يمكن الترجيح فالمتعين هو القرعة لانها المرجع عند تزاحم الحقوق وهي لكل امر

(١) الوسائل باب ١٣ من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء .

مشكل (وما) عن المبسوط والسرائر من احتمال القسمة للاشتراك فى الاستحقاق واختصاص القرعة بما ينحصر المستحق فيه فى واحد ولم يتعين (يندفع) بانه يتم مع فرض انتفاعهما به واما مع فرض عدم الانتفاع به فلا يستحقان معاً لان ذلك لسد باب الخلة بل يستحقه احدهما فلا بد من القرعة ، والظاهر عدم اعتبار شدة الحاجة لصغر او غيره فى ترجيح احدهما وان احتمله المصنف فى القواعد على ماحكي- لعدم الدليل على الترجيح به وغاية ما يقتضيه آية اولى الارحام تقديم الاقرب فالاقرب- ومقتضى اطلاق الادلة عدم الترجيح وبما ذكرناه يظهر حكم - ما لو كان له ولدان - او اب وابن ، ولو كان له اب وجد او أم وجدة أو ابن وابن ابن-وهكذا قالوا يخص به الاقرب الذي هو اولى بالمعروف- ويؤيده الاية «اولوا الارحام...الخ»- بل تشهد به ، وهل يختلف الذكور والاناث فى هذا المقام-الاظهر العدم وان اختلفوا فى الميراث لعدم الدليل على الاختلاف بل مقتضى اطلاق الادلة عدم الاختلاف فتدبر.

فى نفقة البهائم

﴿واما المملوك فتجب نفقته على مولاه وله ان يجعلها فى كسبه مع الكفاية والا تممه المولى﴾.

﴿وتجب النفقة للبهائم﴾ المملوكة التي منها دود القز والنحل بلا خلاف سواء كانت مأكولة اللحم أو لم تكن ، وسواء انتفع بها أو لا - ويشهد به جملة من الروايات كخبر (١) السكونى عن ابى عبد الله (ع) للدابة على صاحبها ستة حقوق لا يحملها فوق طاقتها ولا يتخذ ظهرها مجلساً يتحدث عليها ويبدأ بعلفها اذا نزل ولا يسمها ولا يضربها فى وجهها فانها تسبح ويعرض عليها الماء اذا مر به-وخبره (٢) الاخر باسناده عن رسول الله (ص)-للدابة على صاحبها خصال يبدأ بعلفها اذا نزل ويعرض عليها الماء اذا مر به ولا يضرب فى وجهها فانها تسبح بحمد ربها ولا يقف على ظهرها الا فى سبيل الله ولا يحملها فوق طاقتها ولا يكلفها من الشيء الا مايطيق -والنبوي (٣)

(١-٢) الوسائل باب ٩ من أبواب احكام الدواب ، حديث ٦-١ كتاب الحج

(٣) المستدرك باب ٤٤ من ابواب احكام الدواب حديث ١

ورأيت في النار صاحب الهرة تنهشها مقبلة ومدبرة كانت اوثقتها فلم تطعمها ولم تكن ترسلها تاكل من حشائش الارض - الى غير تلكم من النصوص الدالة على ذلك ـ ويقوم مقام نفقتها تخليتها في المرعى لترعي فيه ويجتزى بعلفه كماهو المتعارف في جميع البلدان ولو لم يجزها فعلى المالك الاتمام ، وتمام الكلام ببيان امور .

(١) انه لاتقدير لنفقتها بل الواجب القيام بماتحتاج اليه من اكل وسقي والمكان المناسب من مراح واصطبل يليق بحالها ومايدفع به البرد عنها اذا احتاجت اليه .

(٢) لو كان للبهيمة ولد يرضع وفر عليه من لبنها قدر كفايته لكونه النفقة الواجبة عليه وله الفاضل بعد ذلك - الا ان يجتزى الولد بغيره من رعي اوعلف كلا او بعضاً فانه يجوز ح اخذ اللبن كلا او بعضا .

(٣) لو كان اخذ اللبن مضراً بالبهيمة نفسها لقلة العلف لم يجز له اخذه ـ كما انه اذا كان الاستقصاء في الحلب مضراً بها لم يجز بل وجب ان يبقى في الضرع شيئاً لئلا تتاذى بذلك بل قالوا يستحب له ان يقص اظفاره تحرزا من ايذائها بالقرض ولا يكلفها مالا تطيقه من تثقيل الحمل وادامة السفر - كما في النصوص المتقدمة .

(٤) قال الشهيد الثاني يجب ان يبقى للنحل شيئاً من العسل في الكورة لو احتاجت اليه بمقدار ما يكفيها وقال هو وغيره ان ديدان القز انما تعيش بورق التوت فعلى مالكها بكفايتها منه وحفظها من التلف .

(٥) ﴿**فان امتنع**﴾ من الانفاق عليها ولو بالتخلية للرعى الكافي لها ﴿**اجبره**﴾ الحاكم ﴿**على البيع او الذبح ان كانت مذكاة**﴾ تقصد بالذبح للاحم ﴿**او الانفاق**﴾ عليها فان تعذر اجباره ناب الحاكم عنه في ذلك على مايراه وتقتضيه الحال ـ لان ذلك حق لها في ماله فان امتنع يجبر عليه وان لم يمكن يتصدى الحاكم بنفسه لانه ولي الممتنع - ولحفظ البهيمة عن التلف - وما ذكروه من التخيير فانما هو مع امكان الفروض - والاوجب الممكن - فلو فرض عدم وقوع التذكية عليه كالكلب اجبر على الانفاق او البيع او نحوه دون التذكية ـ ولو امتنع البيع ونحوه وكان الممكن هو التذكية او الانفاق - فان كان مما يقصد بالذبح لحمه فلااشكال في انه يجبره على احد الامرين - وان كان مما لايقصد لحمه ولكن كان مما يقع

التذكية عليه للجلد فهل يجبر على الانفاق خاصة كما عن المبسوط لكون البهيمة ح غير مقصودة بالذبح في اصل الشرع ـ ام يجبر على احد الامرين من الانفاق او التذكية لكونها احد طرق التخلص وجهان اقواهما الثاني .

(٦) ماكان من المال لا روح له كالعقار فالمفهوم من كلام الاصحاب انه لا يجب عمارته ولا زراعة الارض لكنه يكره عدم التعرض له اذا ادى الى الخراب ـ فعن المسالك وفي وجوب سقي الزرع والشجر وحرثه مع الامكان قولان اشهرهما العدم ـ وعن التحرير ان ما يتلف بترك العمل فالاقرب الزامه بالعمل من حيث انه تضييع للمال فلا يقر عليه ـ والحق ان يقال ان مقتضى تسلط الناس على اموالهم (١) وعدم الدليل على حرمة مثل هذا التضييع واتلاف المال واصالة البرائة هو جواز ذلك (ودعوى) انه يدخل بتركه المال حتى يتلف في السفهاء فيحجر عليه (ممنوعة) نعم لما علم من مذاق الشارع الاقدس انه لا يحب تضييع المال واتلافه ـ فالقول بالكراهة بضميمة فتوى الاصحاب غير بعيد .

ثم انه في الارض التي تركها صاحبها حتى صار مواتا بحث آخر اقد استوفيناه في كتاب الخمس من هذا الشرح في مبحث الانفال ـ وهو انه هل تخرج الارض بالموت عن ملك المعمر كما عن المصنف ره في التذكرة والشهيد الثاني في المسالك ـ ام لا تخرج كما هو المشهور بين الاصحاب ـ وعلى الثاني فهل يملكها لو عمرها آخر كما عن جمع بل عن جامع المقاصد انه المشهور بين الاصحاب ام لا يملكها كما عن جماعة ام يفصل بين ما اذا كان الخراب مستندا الى اهمال المالك وترك المزاولة لها وبين ما اذا لم يكن مستندا الى ذلك فيملكها على الاول دون الثاني ـ وبينا هناك ان الجمع بين النصوص يقتضي اختيار القول الاخير ، والحمد لله على ما هدانا وله الشكر على ما اولينا من اتمام كتاب النكاح الذي هو آخر قسم العقود وقد كان ذلك في أوائل الليلة الثانية من شهر ذي القعدة الحرام سنة ١٣٨٨ في قرية فيكون من قرى طهران ـ في اواخر السنة الثانية من السنين التي كنت مخرجا

---

(١) البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم ، و ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

من دياري بغير حق للدفاع عن حريم كتاب الله المتكفل بهداية البشر في جميع شؤونهم في اجيالهم وادوارهم ـ ولقد ضيقوا على الامر ومنعوا من ان يزورني احد والمامورون في جميع الاوقات مراقبون ـ وهم غلاظ شداد وفي هاتين السنتين لازال انتقل من سجن الى سجن ويراعون في ذلك ان اكون في ايام الصيف في المناطق الحارة كزابل ـ وما ادريك مازال كان يبلغ درجة الحرارة الى خمسين درجة فوق الصفر ـ وفي ايام الشتاء في المناطق الباردة كهذه القرية وانا في هذه المـدة مريض وبى امراض منها قرحة الاثنى عشر والاطباء ممنوعون من معالجتي ـ وسيعلم الذين ظلموا اي منقلب ينقلبون .



الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين .

﴿**كتاب الفراق وفيه فصول الفصل الاول فى الطـلاق**﴾ وهو ازالة قيد النكاح بغير عوض بصيغة طالق ـ وطلاق المرئة يكون لمعنيين أحدهما حل عقدة النكاح والاخر بمعنى الترك والارسال كذا فى مجمع البحرين واورد ـ عليه بما لاطائل تحت ذكره والجواب عنه بعد معلوميته في الجملة وانما المهم البحث فى اركانه واقسامه ولواحقه ـ اما اركانه فأربعة ـ الاول فى المطلق ـ الثاني فى المطلقة ـ الثالث فى الصيغة ـ الرابع فى الاشهاد .

أما الركن الاول فلا خلاف ﴿و﴾ لا اشكال في انه ﴿**يشترط فى المطلق**﴾ شروط اربعة ـ الاول ﴿**البلوغ**﴾ فعن غير واحد دعوى الاجماع عليه والنصوص الشاهدة به مستفيضة ان لم تكن متواترة ستأتي جملة منها فى ضمن المباحث الاتية فلا اعتبار بعبارة الصبى قبل تمييزه وبلوغه عشراً .

انما الكلام فى طلاق الصبى المميز والبالغ عشر سنين ـ فقد ذهب جماعة منهم الاسكافى الى صحة طلاق المميز مطلقاً ـ واعتبر جماعة آخرون منهم الشيخان وأتباعهما والصدوقان بلوغه عشر سنين فقالوا بصحة طلاق الصبى المميز البالغ عشر سنين وفى الحدائق والظاهر انه المشهور بين المتقدمين واختاره هو ايضاً ـ والمشهور بين المتأخرين اعتبار البلوغ الشرعي المتحقق بالاحتلام اوبغيره من الامارات الشرعية له فلا يصح طلاقه قبل ذلك وفى الجواهر بل عليه عامتهم .

ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص فانها على طوائف (الاولى) مايدل على بطلان طلاق الصبي مطلقاً — كحسن (١) السكوني عن ابي عبد الله (ع) — كل طلاق جايز الاطلاق المعتوه والصبي او مبرسم او مجنون او مكره — وصحيح (٢) الكناني — عنه (ع) ليس طلاق الصبي بشيء — وانما عبرت بالصحيح مع ان في سنده محمد ابن الفضيل المشترك بين الثقة والضعيف — نظراً — الى ان الظاهر بقرينة رواية محمد بن اسماعيل عنه كونه هو الثقة ، وخبر (٣) ابي بصير عنه (ع) لايجوز طلاق الصبي ولا السكران (الثانية) ما يدل على عدم جواز طلاق الصبي قبل ان يحتلم — كخبر (٤) الحسين بن علوان بسنده عن أمير المؤمنين (ع) لايجوز طلاق الغلام حتى يحتلم ، وموثق ابن بكير (٥) عن ابي عبد الله (ع) لايجوز طلاق الغلام ووصيته وصدقته ان لم يحتلم (الثالثة) مايدل على جواز طلاقه مطلقاً كموثق (٦) سماعة سئلته عن طلاق الغلام ولم يحتلم وصدقته فقال (ع) اذا طلق للسنة ووضع الصدقة فى موضعها فلا بأس وهو جائز ، وموثق (٧) جميل عن احدهما (ع) يجوز طلاق الغلام اذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وان لم يحتلم ونحوهما — موثق (٨) محمد بن مسلم (الرابعة) ما يدل على صحة طلاقه اذا بلغ عشر سنين — كمرسل (٩) ابن ابي عمير الذي هو بحكم الصحيح عند الاصحاب عن ابي عبد الله (ع) يجوز طلاق الصبي اذا بلغ عشر سنين — بل عن الشيخ روايته عن ابن بكير ايضاً — ولكن صاحبي المدارك والحدائق قالا انه وهم.

لااشكال فى ان الطائفة الاولى والثالثة مطلقتان يقيد اطلاقهما بالطائفة الاخيرة — واما الطائفة الثانية فخبر الحسين ضعيف السند جداً ، وموثق ابن بكير روي بنحوين احدهما ما نقلناه والثاني — يجوز مع اضافة كلمة واو — على قوله ان لم يحتلم — والنقل الثاني لولم يكن ارجح من جهة ان نسخ الكافى مختلفة والشيخ رواه على النحو الثاني — واصالة عدم الزيادة لامجرى لها لانه على

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ٣٢ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه حديث ٣-١-٤-٨-٥

(٦-٩) الوسائل باب ٣٢ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٧ ٢

(٧) الوسائل باب ١٥ من ابواب كتاب الوقوف والصدقات حديث ٢

(٨) التهذيب باب وصية الصبي والمحجور عليهم حديث ٨ .

النقل الاول يزيد كلمة لا ـ وعلى الثاني كلمة واو ـ يكونان متساويين فالخبر مجمل فالجمع بين هذه النصوص يقتضي البناء على صحة طلاق الصبي المميز البالغ عشر سنين ، ولكن في نصوص تزويج الصغير مايشهد بعدم صحة طلاقه لاحظ ـ صحيح (١) الحلبي عن الصادق (ع) قال قلت الغلام له عشر سنين فيزوجه ابوه في صغره ايجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين فقال (ع) اما تزويجه فصحيح واما طلاقه فينبغي ان تجلس عليه امرأته حتى يدرك فيعلم انه كان قد طلق فان اقر بذلك وامضاه فهي واحدة الحديث ونحوه غيره وهو وان كان في طلاق الأب ولكن حكمه (ع) بتوقفه على الادراك الذي هو البلوغ وامضائه لذلك او انكاره يدل على عدم نفوذ طلاقه وهو ابن عشر سنين ، اللهم الا ان يقال ان الادراك في تلك النصوص لم يعلم كون المراد به البلوغ الشرعي بل الحد الذي يصح طلاقه وهو بمقتضى نصوص الباب عشر سنين مع التمييز لابدونه ـ ومع ذلك كله الافتاء بما على خلافه عامة اساطين المتأخرين والمحققين مشكل والاحتياط طريق النجاة .

اعتبار العقل فى المطلق

﴿و﴾ الشرط الثاني ﴿العقل﴾ بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه كذا فى الجواهر ـ فلا يصح طلاق المجنون مطبقاً او ادواراً في حال جنونه ـ ويشهد به خبر السكوني المتقدم وجملة من النصوص الاتية، وكذا لا يصح طلاق المعتوه ـ وهو الاحمق الذاهب عقله او المدهوش من غير مس جنون ـ او الذى نقص عقله ، وتفسيره بالاول في اسئلة السائلين فى الاخبار وبالاخيرين فى كتب اللغة ، ويشهد به خبر السكونى المتقدم وبعطف المجنون فيه على المعتوه يعلم ارادة الاعم من المعتوه أو خصوص الاخيرين (واما) خبر (٢) ابى بصير عن ابي عبد الله (ع) انه سئل عن المعتوه ايجوز طلاقه فقال ماهو فقلت الاحمق الذاهب العقل فقال (ع) نعم (فمحمول)

---

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب ميراث الازواج ، حديث ٤

(٢) الوسائل باب ٣٤ من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٨

كما عن الصدوق في الفقيه والشيخ في الكتابين على ما اذا طلق عنه وليه- وجوز الشيخ في محكى الاستبصار حمله على ناقص العقل - لكنه حمل لاشاهد له بل يشهد بخلافه قوله الاحمق الذاهب العقل .

ولا يصح ايضاً طلاق السكران - ومن غلب على عقله باغماء اوشرب مرقد وماشاكل- ويشهد به مضافاً الى انه غير قاصد جملة من النصوص كصحيح (١) الحلبي عن الصادق (ع) عن طلاق السكران قال (ع) لايجوز ولا عتقه -وخبر(٢) اسحاق ابن جرير عنه(ع) عن السكران يطلق او يعتق اويتزوج ايجوز له ذلك وهو على حاله قال (ع) لا يجوز له - وخبر(٣) زكريا بن آدم عن الرضا (ع) عن طلاق السكران والصبي والمعتوه والمغلوب على عقله ومن لم يتزوج فقال(ع) لايجوز - وخبر(٤) ابي الصباح الكناني عن الصادق(ع) ليس طلاق السكران بشيء ونحوها غيرها من النصوص الكثيرة .

يعتبر الاختيار فى المطلق

﴿و﴾ الشرط الثالث ﴿الاختيار﴾ بلا خلاف بل الاجماع بقسميه عليه والمراد به غير القصد الذي جعل شرطاً آخر - وهو صدور الطلاق عن طيب النفس والرضا فلا يجوز ان وقع عن كره - فما - عن جماعة من التعليل لاعتباره بأن المكره قاصد الى اللفظ غير قاصد الى مدلوله - في غير محله - وبالجملة المراد به مايقابل الاكراه - ويشهد لاعتباره جملة من النصوص ، كحسن (٥) زرارة عن الباقر (ع) عن طلاق المكره وعتقه فقال(ع) ليس طلاقه بطلاق ولاعتقه بعتق الحديث وخبر (٦) عبد الله بن الحسن عن ابى عبد الله (ع) لايجوز طلاق في استكراه ولا يجوز يمين في قطيعة رحم الى ان قال وانما الطلاق ما اريد به الطلاق من غير استكراه ولااضرار ، وخبر (٧) عبد الله بن سنان عنه (ع) لو ان رجلا مسلما مر بقوم

(١-٤) الوسائل باب ٣٦ من ابواب مقدمات الطلاق ، حديث ٤-٢

(٢-٣) الوسائل باب ٣٤ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٦-٧

(٥-٦-٧) الوسائل باب ٣٧ من ابواب مقدمات الطلاق ، حديث ١-٤-٢

ليسوا بسلطان فقهروه حتى يتخوف على نفسه ان يعتق او يطلق ففعل لم يكـن عليه شيء (١) ، ومادل على رفع ماستكر هواعليه عن الامة بناء على ما حققناه فى حاشيتنا على الكفاية من عموم الحديث لجميع الاثار والاحكام التكليفية والوضعية .

ثم انه بعد ما علم من ان الميزان في هذا المقام صدق كون الطلاق مكرها عليه وعدمه يقع الكلام في بيان حقيقه الاكراه اجمالاوقد اشبعنا الكلام فيهما فى حاشيتنا على مكاسب الشيخ الاعظم ره ـ فاقول حقيقة الاكراه حمل الغير على مايكرهـه ويعتبر فى صدقه امور (١) ان يكون بحمل الغير على الفعل وأما اذا لم يكن كك بل فعله لترضية خاطره فلايصدق عليه المكره عليه كما انه لو لم يكن حمل من انسان بل كان الحامل له ضرورة أو خوفاً من حيوان مثلا لايصدق عليه الاكراه (٢) ان يكون حمل الغير مقترناً بوعيد منه على تركه بالمطابقة او بالالتزام كما هو الغالب فى حمل السلطان الجائر فلو حمله غيره على فعل مع وعده بالنفع كما لو وعده بان ينصبه والياً اذا طلق امرأته لايكون ذلك مكرها عليه (٣) ان يكون الضرر المتوعد به ممالم يكن مستحقاً عليه فلو قال طلق زوجتك والا قتلتك قصاصاً وكان مستحقاً عليه اووالا اطالبنك بالدين الذي لي عليك لا يصدق الاكراه (٤) ان يحتمل ترتب الضرر المتوعد به ولا يعتبر العلم ولا الظن ـ ولا فرق بين ان يكون الضرر المترتب من الامر او من غيره فلو امره امر بالطلاق وخاف من ترتب الضرر على تركه من ناحية اخيـه مثلا يصدق عليه انه مكره عليه ـ ولو كان الضرر المتوعد به على ترك المكره عليه هو مايترتب على المكره بالكسر لا المكره كما لو قال طلق زوجتـك والا قتلت نفسي فهل يصدق عليه الاكراه ام لا ـ فقد استشكل الشيخ الاعظم ره فيه ـ والحق هو التفصيل ـ فانه ربما يعد ضرر المكره ضرراً للمكره بالفتح كما لو كان المكره بالكسر هو الابن وفى هذا المورد يصدق الاكراه اذ لافرق في ترتب الضرر المعتبر فى صدقه بين كونه ضرراً مع الواسطة او بلا واسطة ولذا لو قال الاجنبي طلق زوجتك والا قتلت ابنك يكون ذلك اكراهاً وربما لا يعد ضرره ضرراً عليه كما لو كان المكره بالكسر هو

---

(١) الوسائل باب ١٢ و ١٦ من ابواب كتاب الايمان و من جهاد النفس

الاجنبي وقال طلق زوجتك والا قتلت نفسي فانهلايعدضرراًعليهفلا يصدقالاكراه، ومن هذا القبيل ما لو كان الداعي على الفعل شفقة دينيةعلى المكره بالكسر كمالو قال طلق زوجتك والا زنيت بامرأة اجنبية فان طلاق زوجته لئلا يقع فعل محرمفى الخارج ليس طلاقاً ناشئاً عنخرق ترتب الضرر فلا يصدق عليه انه مكرهعليه.

اذا امكن التفصى بما لا ضرر فيه

ثم انه هل يعتبر فى موضوع الاكراه او حكمه عدمامكان التفصى عنالضرر المتوعد به ام لافيهاقوال - -١- اعتبار العجز عن التفصي بالتوريةاو غيرهافيصدقه -٢- عدم اعتباره -٣- التفصيل بين التورية وغيرها فيعتبر العجز عن التفصي بها -٤- التفصيل بينهما حكما لا موضوعاً وقبل بيانالمختارلا بأسببيانحقيقةالتورية.

وهي ان يلقى المتكلم كلاماً له ظهور فى معنى وهو يريد منه غيرذلك المعنى ويكون المعنى المراد مطابقاً للواقع دونالمعنىالظاهر كما اذا استأذن رجل بالباب وقال الخادم له ماهو هيهنامشيراً الى موضع خال فىالبيت-ويعتبر فىصدقها امران آخران - احدهما - ان يكون اللفظ بحسب المتفاهم العرفيظاهراً في غيرماافاده المتكلم فلو كان ظاهراً فيه ولكن المخاطب لقصور فهمه لميتنبه له لم يكن ذلكمن التورية - ثانيهما - ان يكون ارادة ذلك المعنى من ذلك اللفظ صحيحة بان تكون بينهما علاقة فلو كان استعماله فيه غير صحيح لما كان من التورية - مثلا لو قال أعطيت زيداً خمسين ديناراً - وأراد به ديناراً واحداً وقد أعطاه فى الواقع درهماً لم يكن ذلك من التورية - وعلى هذا فيكون التورية خارجةعن الكذب الذي هو عبارة عن عدم مطابقة المعنى المراد للواقع موضوعاً.

اذا عرفت هذا فاعلم ان الاقوى هو القول الاول- لانه يعتبرفي صدقالمكره عليه على الفعل كونه صادراً عن الالجاء والضرورةفمعامكان التفصى لايصدقذلك وبعبارة اخرى ان من يتمكن من التفصي عن الفعل المكره عليه يكونمجبولا على الجامع بينه وبين ما أكره عليه فاختيار ذلك الفعللا محالة يكون لخصوصيةاخرى

غير الجهة المشتركة بينه وبين التفصى فيستند ذلك الفعل لا محالة الى غير الاكراه (ودعوى) ان الاكراه انما هو على الفعل وهو مكره عليه ابتداء والتفصي انمايكون تخلصاً عن الاكراه بعد تحقق موضوعه فالاكراه متحقق ولو لم يتفص - مع ان حمل النصوص ومعاقد الاجماعات على صورة عدم امكان التفصى حمل بعيد بل غير صحيح اذ في كل مورد فرض الاكراه لامحالة يتمكن الشخص من الفرار عنه بالتورية اوعدم القصد او غير ذلك (مندفعة) بانه مع امكان الفرار عما اكره عليه لايصدق على الفعل انه مكره عليه لما عرفت من انه يعتبر في صدقه ترتب الضرر المتوعد به على تركه فمع امكان التفصي لايترتب ذلك على تركه ولايصدق عليه الاكراه - واما - لزوم حمل النصوص ومعاقد الاجماعات على الفرد النادر - فيرده ان الغالب ان المكره حين الاكراه لايلتفت الى عدم كونه مكرهاً على القصد ولاجله يرى نفسه مكرهاً على القصد ايضاً - مع انه لو سلم كون ذلك فرداً نادراً لا محذور فيه اذ حمل المطلق على الفرد النادر مستهجن واما اذا اخذ في الموضوع عنوان له افراد نادرة في نفسه فلا محذور فيه - كالزنا بالمحارم - والمقام من قبيل الثاني .

فان قيل انه يعتبر في صدق الاكراه ان يعلم المكره او يظن او يحتمل بانه لو امتنع عن الفعل واطلع عليه المكره بالكسر لا وقعه في الضرر - ومن المعلوم ان هذا يصدق مع امكان التفصي بالتورية وان لم يصدق مع التمكن من التفصي بغيرها اذ المفروض تمكنه من الامتناع مع اطلاع المكره وعدم وقوع الضرر عليه وذكر ذلك مدركاً للقول الثالث (قلنا) ان المعتبر في صدقه انه لو امتنع يحتمل اويظن وقوع الضرر عليه فمع العلم بعدم التفات المكره بالكسر الى التورية يعلم بعدم وقوعه عليه فلا يصدق عليه الاكراه - الا ترى انه لو فرض ارسال الجائر الخمر الى بيت احد ليشربها وهو يقبل قوله لو قال شربتها ويتمكن من عدم الشرب واظهار الشرب فانه لايجوز له الشرب مستنداً الى انه لو اطلع المكره على الامتناع لاوقعه في الضرر .

فان قلت ان مقتضى الاخبار (١) المجوزة للحلف كاذباً عندالخوف والاكراه وما-(٢)وردفي قضية عمار وابويه حيث اكر هوا على الكفر فابى ابواه فقتلا واظهر لهم عمار ماأراد وافجاء الى النبي (ص) فنزلت الاية - من كفر بالله الخ فقال (ص) له ان عاد واعليك فعد ولم ينبهه على التورية - هو ان امكان التفصي بالتورية لاينافي ترتب حكم المكره عليه (قلت) ان عدم الاشارة الى التورية في الاخبار الاول - انما هو لاجل ان طبع المتكلم في بيان مراداته بالالفاظ انما هو بالقاء الالفاظ الظاهرة فيها ولا يمكن له التورية الا بالتروي وهو في مقام الخوف والاكراه عسر جدا وحرج شديداً - واما عدم الاشارة اليها فيما تضمن قضية عمار وابويه فلان السب والتبرى حرام حتى مع عدم قصد المعنى وقصد معنى آخر لان مناط حرمة السب هو انهتاك المسبوب عند الغير وهذا المناط موجود مع عدم القصد ايضاً - فالاظهر اعتبار العجز عن التفصي في صدقه .

الصور التي يرتفع عنها ظهور الكراهة في المطلق

ثم انه لاريب في انه لو حصل مايرفع به ظهور الكراهة - او حصل مايظهر به الاختيار صح الطلاق - وهذا لااشكال فيه - انما الكلام في المصاديق - فقد ذكروا لها موارد .

منها مالو اكرهه على طلاق زوجتيه فطلق واحدة منهما - بدعوى انه بالمخالفة المزبورة يظهر منه الاختيار ، وفيه - ان طلاق الواحدة بعض المكره عليه وقد يقصد رفع المكروه بالاجابة الى بعضه .

ومنها مالو اكرهه على طلاق احدى زوجتيه فطلق واحدة معينة ، اقول ان الاكراه تارة يكون على الجامع واخرى على الفردين على البدل - فان كان على

---

(١) الوسائل باب ١٢ من كتاب الايمان

(٢) الوسائل - باب ٢٩ - من ابواب الامر والنهي وما يناسبهما - من كتاب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر حديث ٢ .

الجامع فحيث ان وجود الجامع في الخارج لابد وان يكـون مع خصوصية مـن الخصوصيات فكل ماوجد في الخارج يقع مكرها عليه ـ نعم لو اكره على الجامع بين ماهو موضوع الاثر وغيره كالاكراه على طلاق صحيح او فاسد فحيث ان الجامع المكره عليه لااثر له وماله الاثر وهو الخصوصية لااكراه عليها وان كانت هي اومقابلها مما لابد منه فلا يرتفع شيء بالاكراه، وان كان على الفردين على البدل ـ فعن المحقق الاصفهاني انه لو اختار احدهما وان كان هو موضوع الاثر دون مقابله يقع مكرها عليه ولا يترتب عليه الاثر ـ اذا لمفروض انه ومقابله كليهما مكره عليهما على البدل ـ فكل منهما يقع في الخارج يتصف بكونه مكرهاً عليه واختيار كل منهما اختيار البدل الاكراهي (وفيه) ان الاكراه على البدل لايزيد على الاكراه التعييني وقد مرانه مع امكان التفصي في الاكراه التعييني لايصدق الاكراه ولا يرتفع به الاثر فكك في الاكراه على البدل فاذا كان احدهما موضوع الاثر دون الاخـر فيمكن التفصي عما هو موضوع الاثر فلا وجه لتطبيق ادلة الاكراه عليه ـ وان شئت قلت انه في الاكراه على البدل بين ماهو موضوع الاثر ومالااثر له يصرح المكره باتيان موضوع الحكم او التفصي عنه فلا مورد لادلة الاكراه ـ فتحصل انه لو اكره على فـردين احدهما صحيح والاخر فاسد فحيث انه يمكن التفصي عن الصحيح فلا يكون مكرها عليه.

ومنها مالو اكره احد الشخصين على طلاق زوجته فطلق احدهما زوجته ـ فقد صرح بعضهم بصحة طلاقه ـ وهناك اقوال اخر ، والحق ان يقال انه لااشكال في ان اكراه احد الشخصين على فعل واحد كايجابه عليهما على نحو الكفاية فكما ان كلا منهما في الفرض الثاني مكلف غاية الامر بالتكليف المشروط بعدم اتيان الاخر وكلا منهما بادر الى الفعل يكون فعله مصداقا للواجب ولـو فعلاه جميعـاً وقع كل منهما مصداقاله ـ كك في المقام كل منهما مكره عليه ـ في فرض عدم مبادرة صاحبه الى الفعل ، نعم ـ بين البابين فرق من ناحية اخرى .

وهي انه في صدق الاكراه يعتبر عدم امكان التفصي والتخلص عن المكـره عليه كما عرفت ـ وعليه ـ فان علم المطلق ان صاحبه لايطلق يقع طلاقه فاسدا ويقع

طلاقه مصداقاً للمكره عليه ـ وان علم بانه يطلق لايصدق على طلاقه انه مكره عليه فلو طلق يقع صحيحاً لفرض امكان التفصي والتخلص بمعنى انه لو لم يفعل لما وقع في الضرر ، ولو احتمل ذلك فهل يصح طلاقه لو طلق ام لا ـ وجهان مبنيان على انه هل يعتبر في صدق الاكراه العلم بترتب الضرر على فرض الترك ام يكفي احتمال ترتبه اذ على الاول يقع طلاقه صحيحاً وعلى الثاني يقع باطلا ـ وحيث عرفت ان الاظهر هو الثاني فالاقوى هو البطلان الا اذا علم بان صاحبه يطلق .

لو اكره على طلاق احدى زوجتيه فطلقهما

ـ ومنها ـ مالو اكره على طلاق احدى زوجتيه من غير تعيين فطلقهما ـ قالوا يصح طلاقهما فانه يشعر باختياره ـ أقول ـ تارة يطلقهما تدريجاً ـ واخرى يطلقهما معاً ـ فان طلقهما تدريجاً فقد جعل الشيخ الاعظم وقوع الاول مكرها عليه دون الثاني هو الظاهر واحتمل الرجوع اليه في اليقين ـ واورد جل من تاخر عنه بانه لا وجه لهذا الاحتمال اذ بعد انطباق عنوان احدهما على الطلاق الاول قهراً وارتفع لسان المكره عنه واندفاع ضرره به لحصول مقصوده لاوجه لوقوع الثاني مكرهاً عليه .

وان طلقهما دفعة ففي المسألة وجوه ـ ١ ـ صحتهما معاً ذهب اليها الشيخ الاعظم وجل الاساطين ممن تاخر عنه في نظير المسألة وهو مالو اكره على بيع عبد من عبديه فباعهما دفعة ـ ٢ ـ بطلان الجميع ـ ٣ ـ بطلان احدهما وصحة الاخر ويرجع في التعيين الى القرعة .

واستدل الشيخ قده للاول بما استند اليه جمع في المقام وهو ان ماصدر عنه خارجا غير ما اكره عليه وما اكره عليه لم يصدر عنه ومجرد اشتمال المجموع على احدهما لايوجب صدق الاكراه على احدهما فضلا عن كليهما (وفيه) ان المكره عليه ليس طلاق احداهما بشرط لا كي لايصدق على طلاق احداهما بل طلاق احداهما لابشرط الحاصل في ضمن طلاقهما معاً لان اللابشرط يجتمع مع الف شرط فضم الاخر اليه لايخرجه عما اكره عليه .

وربما يستدل له بما افاده جمع من الاساطين وهو ان طلاقهما معا مع كون الاكراه على احد الطلاقين يكشف عن كون المطلق راضيا بطلاق احداهما لابعينيه ومعه لايؤثر الاكراه شيئا لان المفروض انه انما الزمه المكره وهو طلاق احداهما غير المعينة نفس ماهو راض به فلا يكون اكراها على مالايرضاه (وفيه) ان طلاقهما معا لايكشف عن كونه راضيا بطلاق احداهما في مفروض البحث وهو كونه مكرها على طلاق احداهما اذ يمكن ان يكون ذلك ناشئا عن غرض آخر من انه لايريد التفرقة بينهما - اونحو ذلك - فحيكون كل من الطلاقين مكروها - ولكن لماعرفت من اعتبار ترتب الضرر على ترك المكره عليه في صدق الاكراه وهذا المعنى لاينطبق على كل منهما الاعلى البدل فلا محالة يقع احدهما مكرها عليه دون الاخر - وحيث ان انطباقه على طلاق واحدة معينة ترجيح بلا مرجح فيمكن ان يبنى على كونه مخيرا في تطبيقه على طلاق ايتهما شاء - اذ المفروض شمول الاطلاقات لكل من الطلاقين وغاية مايمنع عنه المانع هو صحتهما معافصحة احدهما لامانع منهافيبنى عليهافيكون المقام نظير من تزوج اختين بعقدواحد - او تزوج الرابعة والخامسة كك على ماتقدم فى كتاب النكاح ومع الاغماض عن ذلك - فان قلنا بان مورد القرعة مالو كان هناك واقع معين فلا مورد لها فى المقام ويتعين البناء على بطلانهما - والافيرجع الى القرعة وقد تقدم في كتاب النكاح عدم اختصاص القرعة بماله واقع معين فالمتعين هو ذلك .

لو اكره على الطلاق فطلق ناويا

بقى في المقام فرع مذكورفي التحرير على ماحكى وهو انه - لو اكره على الطلاق فطلق ناويا - قال فالاقرب وقوع الطلاق - ونحوه عن الشهيد الثانى في المسالك بزيادة احتمال عدم الوقوع لان الاكراه اسقط اثر اللفظ ومجرد النية لا اثر لها - وحكى عن سبطه في نهاية المرام انه نقله قولا واستدل عليه بعموم مادل من النص

والاجماع على بطلان عقد المكره والاكراه يتحقق هنا اذ المفروض انه لولاه لما فعله ثم قال والمسئلة محل اشكال ، وعن كاشف اللثام انه لو علم انه لايلزمه الا اللفظ وله تجريده عن القصد فلا شبهة في عدم الاكراه وانما يحتمل الاكراه مع عدم العلم بذلك سواء ظن لزوم القصد وان لم يرده المكره ام لا-اقول يقع الكلام في موردين-الاول-في بيان وجه فتوى المصنف بالصحة -الثاني -في بيان محتملات هذا الفرع في نفسه واحكامها .

اما الاول فالظاهر ان نظر المصنف ره الى انه لو اكره على الطلاق وان لم يقصد المعنى الذي يكون عند العامة طلاقا شرعيا مع النطق بالصريح فطلق ناويا فالاقرب وقوع الطلاق فانه غير مكره عليه (والايراد) عليه كما عن الشيخ الاعظم ره بانه يبتنى على القول باعتبار عدم امكان التفصي بالتورية في صدق الاكراه اذ لافرق بين التخلص بالتورية وبين تجريد اللفظ عن قصد المعنى وقد مر عدم اعتباره (مندفع) اولا بما تقدم من اعتبار العجز عن التورية في صدقه - وثانيا بالفرق بينهما بعد كون المكره راضيا بالنطق بالصريح مع عدم القصد لاحظ وتامل في الوجه المتقدم لعدم اعتبار العجز عن التورية ترى عدم جريانه في المقام .

واما المورد الثاني فالاحتمالات المتصورة خمسة (الاول) ان لايكون للاكراه دخل في الطلاق بل يوقعه عن طيب نفسه ورضاه والمكره لجهله بحاله اكرهه عليه لااشكال ولاكلام في صحة هذا الطلاق (الثاني) ان يكون كل من الاكراه والرضا سببا مستقلا بحيث لولا الاكراه كان يوقعه ولولا الرضا لا وقعه دفعا للاكراه ،فعن المحقق النائيني ره الحكم بالبطلان بدعوى ان كل علتين مستقلتين اذا وردتا على معلول واحد وكان بينهما تدافع فلا يؤثر كل منهما كاجتماع الرياء وقصد الامر في العبادات فهذا الطلاق وان صدر عن الرضا الا انه يكون عن اكراه ايضاً - او انه وان لم يكن عن اكراه الا انه لايكون عن الرضا (وفيه أولا) ان المكره اذا كان راضيا لا يصدق على ماصدر عنه عنوان المكره عليه بل يصدق عليه هذا العنوان مشروطا بمعنى انه لو لم يكن راضيا كان مكرها عليه وبالجملة مع وجود الرضا

لايصدق الاكراه - ولا يقاس المقام بالرياء في العبادات الذي هو متحقق في الفرض ويكون مبطلا للصلوات - بل الصحيح تنظير المقام بما لو فرضنا العادل الورع التقي شرع في الصلاة امام الناس فان هناك سببين مستقلين لعدم ابطاله صلاته الخوف من الله تعالى وحفظ مقامه عند الناس فهل يتوهم القول ببطلان صلاته بدعوى ان ما بقي من صلاته يقع عن سببين مستقلين (وثانيا) انه لو فرض استناد الطلاق الى الاكراه والرضا فمن حيث استناده الى الاكراه لايترتب عليه الاثر الا انه يترتب عليه الاثر من حيث استناده الي الرضا - وبعبارة اخرى الاستناد الى الاكراه لايؤثر في البطلان كما هو الحال في الرياء بل يوجب عدم تأثير العقد المستند اليه فلا يمنع عن صحته من حيث استناده الى الرضا فالاظهر هي الصحة في هذه الصورة .

الثالث ان يكون كل من الاكراه والرضا جزء السبب بحيث انه لولا اجتماعهما لايؤثر كل منهما - فالاقرب الصحة ايضاً - اما لعدم صدق صدور العقد عن الاكراه او انه على فرض الصدق يكون منصرف النصوص ما لو كان الاكراه سببا تاما لصدوره فلا يشمل المقام .

الرابع ان يكون احدهما سببا مستقلا والاخر ضميمة فلا كلام فى انه يلحقه حكمه فان كان السبب هو الرضا حكم بالصحة - وان كان هو الاكراه حكم بالبطلان

الخامس ان يكون الاكراه داعيا على الداعي على الطلاق اما لاعتقاده ان الحذر لايتحقق الا بايقاع الطلاق حقيقة فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة فيوقع الطلاق قاصدا او لجهله بالحكم الشرعي فزعم ان الطلاق يقع مع الاكراه فيرضى نفسه بذلك ويوطنها عليه فقد حكم الشيخ الاعظم ره بتحقق الاكراه فى هذه الصورة وخالفه المحقق النائني ره (واستدل) للصحة بانه طلق ناويا ومريدا للطلاق ثم احتمل البطلان من جهة ان الاكراه صار علة لارادة اسم المصدر فالفعل بالاخرة يستند اليه وان كان الداعي الثانوي اختياريا - ورده بان لازمه بطلان اغلب المعاملات فانها بالاخرة تنتهي الى غير الاختيار (اقول) الحق ما افاده الشيخ فان توطين النفس وارادة الفعل واسم المصدر لاينافي مع الاكراه بل هذا المعنى ربما يستند الى الرضا

وآخر الى الاكراه ـ والا فمع عدم الارادة لايصدق انه صدر عنه الطلاق عن اكراه بل لم يصدر عنه والنصوص انما ترفع اثر الطلاق الواجد لجميع مايعتبر فيه سوى انه صدر عن اكراه ـ ودعوى ـ انه لو حكم ببطلان ذلك ازم الحكم ببطلان اغلب المعاملات ـ غريبة ـ فانه انما يحكم بالبطلان هنا للنصوص ولاربط لذلك بمسئلة الاختيار وعدمه ـ فالاظهر هو البطلان في هذه الصورة ، ثم انه لايهمنا التعرض لما قيل في بيان مراد المصنف ره ومايمكن ان يورد عليه .

صور تعلق الاكراه

ثم انه بعد ماعرفت حكم اكراه الزوج المطلق ـ يقع الكلام في صورتين ـ احداهما ـ مالو تعلق الاكراه بالزوج دون مجري صيغة الطلاق ـ كما لو اكرهه على التوكيل في طلاق زوجته ـ ثانيتهما ـ عكس ذلك وهو مالو اكره المطلق دون الزوج .

اما في الصورة الاولى فلا اشكال في فساد التوكيل فالمطلق يكون فضوليا في طلاقه فان اجاز الزوج بعد ذلك الطلاق لااشكال في عدم صحته للاجماع على عدم صحة الفضولي في الايقاعات وان عقبه الاجازة ـ ولو اجاز الوكالة فهل يصح الطلاق بناء على القول بالكشف نظرا الى ان الاجازة تتعلق بالوكالة دون الطلاق ـ ام لا وجهان ـ اظهرهما الثاني لان معقد الاجماع ان الايقاع لايصح ان يكون معلقا على الاجازة ـ وفي المقام صحة الطلاق موقوفة على صحة الوكالة المتوقفة على الاجازة والمتوقف على متوقف على شيء متوقف عليه فتكون صحة الطلاق موقوفة على الاجازة ـ فالاظهر عدم الصحة تعلقت الاجازة بالايقاع او التوكيل .

و اما الصورة الثانية وهي مالو تعلق الاكراه بالمجري للصيغة دون الزوج فقد يكون المكره هو الزوج كما لو قال الزوج للعاقد طلق زوجتي ـ وقد يكون من الاجنبي كما لو اكره الوكيل على طلاق زوجة الموكل وفي المقام اقوال ١ ـ الصحة في الفرعين اختاره الشيخ الاعظم ره وغيره ـ ٢ ـ البطلان فيهما ـ ٣ ـ التفصيل

بين الفرعين بالبناء على الصحة في الفرع الاول والبطلان في الثاني اختاره المحقق النائني ره ـ والشهيد الثاني ذهب الى الصحة في الفرع الاول واحتمل وجهين في الثاني ـ وقال في الفرع الاول بعد ذكر وجه الصحة ويحتمل عدم الصحة نظرا الى ان الاكراه يسقط حكم اللفظ كما لو امر المجنون بالطلاق فطلقها ثم قال والفرق بينهما ان عبارة المجنون مسلوبة بخلاف المكره فان عبارته مسلوبة لعارض تخلف القصد فاذا كان الامر قاصدا لم يقدح اكراه المامور انتهى ـ وقال في الفرع الثاني ففي صحته وجهان ايضا من تحقق الاختيار في الموكل ومن سلب عبارة المباشر .

وكيف كان فقد استدل للبطلان في الفرعين بوجوه ـ عمدتها وجهان (الاول) ان مقتضى حديث (١) رفع الاكراه رفع اثر الطلاق ـ وكذا مقتضى النصوص الخاصة (وفيه) ان لفعل الوكيل جهتين ـ احداهما جهة العقدية ـ ثانيتهما جهة قيامه بالوكيل والاكراه لا يؤثر في فقد طلاق الوكيل لشيء من الامور المعتبرة فيه من الجهة الاولى من العربية ونحوها بعد كونه مستجمعا لها ـ والجهة الثانية غير دخيلة في ترتب الاثر وحصول الفرقة لكون الوكيل اجنبيا عن الزوجة بل طلاقه انما يؤثر من حيث انتسابه الى الزوج الموكل والمفروض عدم كونه مكرها فما هو موضوع الاثر لم يتعلق به الاكراه وما تعلق الاكراه به لا اثر له (الثاني) ان القصد الى المعنى شرط في صحة الطلاق ومع الشك في ذلك لا اصل يحرز به كون المكره قاصدا له اذ اصالة القصد الجارية في افعال العقلاء انما هي في الافعال الاختيارية دون المكره عليها (وفيه) اولا ان الكلام انما هو بعد احراز القصد وثانيا ان اصالة القصد انما هي في مطلق الافعال الاختيارية في مقابل الاضطرارية كحركة يد المرتعش (واستدل) المحقق النائيني ره للبطلان في الفرع الثاني بأن المكره اذا كان غير الزوج فغاية ماهناك رضا الزوج بالطلاق ومجرد الرضا لا يصحح الاستناد كما ان الكراهة الباطنية ليست ردا (وفيه) ان محل الكلام هو كون المطلق وكيلا مفوضا وفعل الوكيل يستند الى الموكل من جهة الوكالة فالاظهر هي الصحة في الفرعين.

---

(١) الوسائل باب ١٢ و ١٦ من الايمان وباب ٥٦ من جهاد النفس .

في اعتبار القصد

﴿و﴾ الشرط الرابع ﴿القصد﴾ - بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه كما في الجواهر ويشهد به مضافا الى ماستعرف من اعتباره في جميع العقود والايقاعات جملة من النصوص ، كصحيح (١) هشام بن سالم عن الصادق (ع) لاطلاق الالمن اراد الطلاق - ومثله خبر (٢) عبد الواحد - وصحيح (٣) زرارة وخبر (٤) اليسع - وخبر (٥) اليسع عن ابى جعفر (ع) في حديث ولو ان رجلا طلق على سنة وعلى طهر من غير جماع واشهد ولم ينو الطلاق لم يكن طلاقه طلاقاً ونحوها غيرها - وتمام الكلام بالبحث في جهات :

الاولى - ان للمطلق بحسب قصده اللفظ وقصد معناه احوالا اربعة -١- ان يكون اللفظ صادرا عنه عن غير قصد كاللفظ الصادر من النائم او الغالط -٢- ان يكون اللفظ مقصودا له دون معناه كما اذا قال انت طالق على وزن انت قائم -٣- ان يكون المعنى مقصودا له بالارادة الاستعمالية دون الارادة الجدية كما اذا انشأ الطلاق بمعنى انه استعمل الصيغة في معناها من دون ان يكون هناك اعتبار نفساني ونظيره في الاخبار ما اذا اخبر عن شيء وحكى عنه بداعى الهزل لا الجد -٤- ان يكون المعنى مقصودا بالارادة الجدية ، ثم ان اعتبار القصد بالمعاني الثلاثة الاول في صحة العقود والايقاعات من القضايا التي قياساتها معها - فان عناوين العقود والايقاعات امور قصدية ومع عدم هذه القصود لا يتحقق تلكم العناوين وفي المقام النصوص الخاصة شاهدة به ، فان قيل ان اعتباره ان كان بهذه المكانة من الوضوح فكيف وردت نصوص مستفيضة في اعتباره - قلنا ان استفاضة النصوص في المقام انما هو في مقابل المحكى عن العامة من عدم اعتبار القصد مع النطق بالصريح نعم هو معتبر في الكناية .

وبما ذكرناه يظهر ان جعل اعتبار القصد بالمعنى الثالث الذي هو مورد

---

١ - ٢ - ٣ - ٤ - ٥ الوسائل -- باب ١١ -- من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٤ - ٥ - ٣ - ٢ - ١

النصوص وفتاوي الاصحاب من شرائط المطلق كما فعله المصنف ره اولى من جعله من شرائط العقد فانه ليس من شئون الصيغة بل مما يعتبر في المطلق بالحمل الشائع - وماذكره بعض الاساطين في وجه اولويته من جعله من شرائط العقد من انه لايتحقق العقد بدونه - يرد عليه انه مع فقد سائر شرائط المطلق ايضاً لايتحقق العقد اي صيغة الطلاق - فالمراد من شرائط المطلق في مقابل شرائط الصيغة الامور التي تكون معتبرة في ترتب الاثر على الطلاق مع كون مركزها المطلق .

الثانية انه لايقع الطلاق من الساهي والنائم والغالط - لان احدا منهم لايقصد الطلاق ولا يريده - بل الثلاثة غير قاصدين للفظ فما عن المسالك من الفرق بين الثالث والاولين بانه قد تخلف فيه قصد المعنى دون اللفظ بخلاف الاولين الذين تخلفا معافيه لايخلو من نظر ، واما الهازل فهو قاصد للفظ والمعنى غاية الامر غير مريد للطلاق بالارادة الجدية - فطلاقه ايضاً ليس بطلاق لما مر .

الثالثة لو اوقع الطلاق وقال بعد النطق بصيغته لم اقصد الطلاق بها فالمشهور بين الاصحاب انه يقبل منه ظاهرا وان تاخر تفسيره مالم تخرج المرئة عن العدة واستدلوا له بانه اخبار عن نيته التي لاتعلم الامن قبله ومقتضى الاصل عدمها - واورد عليهم الشهيد الثاني وتابعوه باقتضاءه مثل ذلك في البيع وغيره من العقود والايقاعات مع الاتفاق على عدم قبول قوله فيها مع ان الامر في الطلاق اشد - واجاب عنهم صاحب الجواهر ره بما حاصله ان الفرق بين الطلاق وما يشبهه من الايقاعات وبين غيرها من العقود ان الطلاق ليس له الاطرف واحد وهو الايقاع من الموقع واصل الصحة لايجري فيه بعد اعتراف فاعله بالفساد بما لايعلم الا من قبله بخلاف البيع مثلا فانه لو ادعى الموجب عدم القصد المقتضي لفساد ايجابه وعدم جريان اصالة الصحة فيه عورض باصالة الصحة في القبول الذي هو فعل مسلم ايضاً - والاصل فيه الصحة التي لاتتوقف على العلم بصحة الايجاب بل يكفي فيها احتمال الصحة الذي لاريب في تحققه مع دعواه التي لاتمضي الافي حقه بالنسبة الى العقد المركب منهما (وفيه) ان اصالة الصحة في القبول انما تجري ويجتزي بها - مع احراز صحة الايجاب بالقطع او الدليل او الاصل - فمع احراز عدم صحته بالاصل لاتجري اصالة الصحة في القبول لعدم

الاثر فلا يقع التعارض بين الاصلين اصلا- بل الاول رافع للثاني- مع انه لو سلم التعارض لزم منه التساقط - فلا محرز لصحة البيع .

ثم ان الشهيد قده قال يمكن ان يكون مستند حكمهم بذلك وتخصيص الطلاق رواية (١) منصور بن يونس في الموثق عن الكاظم عليه السلام قال سئلت العبد الصالح وهو بالعريض فقلت جعلت فداك اني تزوجت امرأة و كانت تحبني فتزوجت عليها ابنة خالي وقد كان لي من المرأة ولد فرجعت الي- ثم نقل الخبر بطوله وفي آخره انه يدعي الزوج اني انما طلقت المرأة مداراة ومـا اردت الطلاق قال عليه السلام اما بينك وبين الله تعالى فليس بشيء ولكن ان قدموك الى السلطان ابانها منك- (ويرد) عليه ان الخبر ادل على العكس - فانه ظاهر في ان الطلاق وان كان باطلا واقعاً الا انه لا يقبل دعوى ذلك عند الترافع الى السلطان.

و ربما اورد على المشهور بانه لا فرق على هذا بين كون ادعاء عدم القصد بعد العدة او في اثناء العدة (واجاب) عنه صاحب الجواهر ره- بانه يقبل قوله مادامت في العدة لبقائها في تعلقه وفي يده على وجه يقبل قوله في الفعل المتعلق بها نحو اخبار صاحب اليد بما يقبل منه مادام هو كك وبخروجها عن العدة تكون اجنبية لا يقبل قوله في الفعل المتعلق بها نحو اخبار صاحب اليد بالمال بعد خروجه من يده (و فيه) اولا ان المرأة في العدة البائنة اجنبية والزوجية زائلة عنها بالكلية وانما فائدة العدة استبراء الرحم من اثر الزوج وهو امر خارج عن الزوجية- وثانياً- ان كونها تحت حباله وعدمه لا يوجب الفرق فيما هو مقتضى الدليل المزبور وهو الاخبار عما لا يعلم الا من قبله- وثالثاً- ان قبول الاخبار عما تحت اختياره حتى في مثل المقام مما لم يدل عليه دليل (فالمتحصل) عدم تمامية ما نسب الى المشهور الا ان يكون مرادهم ذلك في العدة الرجعية- فان دعواه ح عدم القصد كانكار الطلاق يكون رجوعاً- لكنه لا يلائم مع اطلاق كلامهم وما استدلوا به له (فالاظهر) عدم القبول لان الظاهر من حال العاقل

---

(١) الوسائل باب ٣٨ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١

المختار القصد الى مدلول اللفظ الذى يتكلم به فاخباره بخلاف ذلك مناف للظاهر وهذا الاصل العقلائى مقدم على العلة التى ذكروها- نعم فى خصوص العدة الرجعية يقبل قوله لما تقدم- هذا فيما اذالم تصادقه المرأة على ذلك والا فيقبل قوله لكون الحق منحصراً فيهما فيعاملان بما اتفقا عليه و يرجع امرهما فى الصدق والكذب الى الله عزوجل .

جواز الوكالة فى الطلاق

ثم انه اختلف الاصحاب فى اعتبار المباشرة - وجواز الوكالة فى الطلاق على اقوال-١-ماهو المشهور بين المتقدمين والمتاخرين وهو عدم اعتبارها وجواز الوكالة فيه للغائب والحاضر-٢- ماعن الشيخ وابنى البراج وحمزة- وهو التفصيل بين الحاضر والغائب- فيجوز الوكالة عن الغائب دون الحاضر-٣- ماعن حسن بن سماعة وهو اعتبار المباشرة مطلقا- وعن الكلينى التوقف فى المسألة .

يشهد للاول مضافا الى اطلاق ادلة الوكالة فيما لاغرض للشارع فى اعتبار المباشرة فيه كالعقود والايقات التى منها الطلاق جملة من النصوص كصحيح (١) سعيد الاعرج عن الصادق عليه السلام فى رجل يجعل امر امرأته الى رجل فقال اشهدوا انى قد جعلت امر فلانة الى فلان فيطلقها ايجوز ذلك فقال عليه السلام نعم - وصحيح (٢) ابن مسكان عن ابى هلال الرازى (المزنى) و كلاهما مجهولان قلت لابى عبدالله عليه السلام رجل و كل رجلا يطلق امرئته اذا حاضت وطهرت وخرج الرجل فبداله فاشهدانه قدابطل ما كان امره به وانه قد بداله فى ذلك قال عليه السلام فليعلم اهله وليعلم الوكيل- وقوى (٣) السكونى عنه عليه السلام قال امير المؤمنين عليه السلام فى رجل جعل طلاق امراته بيد رجلين فطلق احدهما وابى الاخر - فابى امير المؤمنين (ع) ان يجيز ذلك حتى يجتمعا جميعا على طلاق - ونحوه خبر (٤) مسمع عنه (ع) وصحيح (٥) محمد بن عيسى اليقطينى قال بعث الى ابو الحسن (ع)

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ٣٩ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١-٢-٣-٤-٦

رزم ثياب الى ان قال وامر بدفع ثلاثمائة دينار الى رخيم زوجة كانت له وامرني ان اطلقها عنه وامتعها بهذا المال وامرني ان اشهد على طلاقها صفوان بن يحيى وآخر نسي محمد بن عيسى اسمه - ومقتضى ترك الاستفصال في جملة من هذه النصوص عدم الفرق بين الحاضر والغائب - وما يختص منها بالغائب لامفهوم له كي يقيد به سائر النصوص .

واستدل للقول الثاني - بانه مقتضى الجمع بين هذه النصوص وبين خبر(١) زرارة عن الصادق (ع) لاتجوز الوكالة في الطلاق بحمل تلكم النصوص على الغائب وهذا على الحاضر - وبظهور نصوص (٢) حصر الطلاق الصحيح في قول الرجل لامرأته من قبل العدة بعدما يطهر من حيضها قبل ان يجامعها انت طالق باعتبار انها مساقة سوق التعريف الملحوظ قيدية كل مايذكر فيه وح فمن ذلك المباشرة المزبورة - المعلوم انتفاء اعتبارها في الغائب (ولكن يرد) الاول مضافا الى ضعف سند خبر زرارة واعراض المشهور عنه - ان الجمع المزبور تبرعي لاشاهد به - كما ان مافي الوسائل من احتمال حمل خبر زرارة على الانكار دون الاخبار وعلى عدم علم الوكيل بطهر الزوجة وعلى عدم جوازها بمجرد الدعوى كلها خلاف الظاهر - فان امكن الجمع بينه وبين تلكم النصوص بحمله على الكراهة - والافيتعين طرحه لارجحية تلكم النصوص من وجوه لاتخفى - ويرد على الثاني ان النصوص المشار اليها في مقام بيان عدم الاجتزاء بالكناية من نحو انت خلية وشبهها ولذا لم يعتبر في الصيغة الخطاب قطعا - مع انه لو ثبت المفهوم لها فهو مطلق يقيد بما تقدم - واستدل للثالث بخبر زرارة وقد عرفت ما فيه - فالاظهر هو جواز الوكالة فيه مطلقا للغائب والحاضر .

وهل يجوز ان يوكلها في طلاق نفسها ويجعل الامر اليها في ذلك كما هو المشهور بين الاصحاب ام لايصح كما عن الشيخ في المبسوط وجهان - واستدل

---

(١) الوسائل باب ٣٩ من ابواب مقدمات الطلاق حديث٥

(٢) الوسائل باب ١٦ من ابواب مقدمات الطلاق

للاول المصنف ره في المختلف على ماحكي بانه فعل يقبل النيابة والمحل قابل فجاز كما لو وكل غيرها من النساء او توكلت في طلاق غيرها - واستدل الشهيد الثاني له باطلاق مادل على جواز النيابة في الطلاق مطلقاً قال وهو يشمل استنابتها كغيرها والظاهر ان مراده اطلاق ادلة الوكالة - والافنصوص الوكالة في الطلاق مختصة بغيرها فيرجع ما افاده الى ماذكره المصنف ره - واستدل للثاني بان القابل لايكون فاعلا - وبظاهر قوله صلى الله عليه وآله وسلم (١) الطلاق بيد من اخذ بالساق بدعوى انه يقتضي عدم صحة التوكيل مطلقا خرج عنه غير المرئة بدليل من الخارج فتبقى هي على اصل المنع - ويرد الاول مضافا الى كفاية التغاير الاعتباري في العقود - ان الطلاق من الايقاعات وليس له الاطرف واحد ولاقابل له - ويرد الثاني ان ظاهره ارادة ان ولايته بيده على وجه لاينافي توكيله فان كون الطلاق بيده كناية عن تسلطه عليه - ولا ربط له باجراء الصيغة وكالة - فالاظهر هو الاول - وبه يظهر ضعف القول الثاني - كما انه ظهر انه لاوجه لتوقف المحقق السبزواري والمحدث الكاشاني والمحدث البحراني في ذلك.

لايجوز طلاق ولى الصغير عنه

(مسألة) ﴿و﴾ المشهور بين الاصحاب انه ﴿للولي ان يطلق عن المجنون لاالصغير ولاالسكران﴾ فهيهنا فروع - ١ - لو طلق الولي عن الصبي قبل بلوغه لايصح طلاقه - والظاهر انه لاخلاف فيه بل عن جماعة دعوى الاجماع عليه ويشهد به صحيح (٢) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان قال اذا كان ابواهما اللذان زوجاهما فنعم قلت فهل يجوز طلاق الاب قال عليه السلام لا - ومثله (٣) موثق

---

(١) المستدرك باب ٢٥ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٣ السرائر ص ٣٢٩

(٢) - الوسائل باب ١٢ - من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ١

(٣) الوسائل باب ٣٣ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٢

عبيد بن زرارة وصحيح (١) الحلبي قلت لابي عبدالله عليه‌السلام الغلام له عشر سنين فزوجه ابوه في صغره ايجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين فقال عليه‌السلام اما تزويجه فهو صحيح - واما طلاقه فينبغي ان تحبس عليه امرأته حتى يدرك فيعلم انه كان قد طلق فان اقر بذلك وامضاه فهي واحدة بائنة وهو خاطب من الخطاب وان انكر وابى ان يمضيه فهي امرأته الحديث وخبر (٢) الفضل بن عبدالملك عنه عليه‌السلام عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير قال لا باس قلت يجوز طلاق الاب قال عليه‌السلام لا .

-٢- للولي ان يطلق عن المجنون في الجملة كما هو المشهور بين الاصحاب بل عن فخر المحققين الاجماع على ذلك وعن الشيخ في الخلاف والحلي المنع عن ذلك - واستدل للاول بجملة من النصوص كصحيح (٣) ابي خالد القماط قلت لابي عبدالله (ع) الرجل الاحمق الذاهب العقل ايجوز طلاق وليه قال (ع) ولم لا يطلق قلت لا يؤمن ان طلق هو ان يقول غدا لم اطلق او لا يحسن ان يطلق قال (ع) ما ارى وليه الا بمنزلة السلطان وخبره (٤) الاخر قلت لابي عبدالله (ع) رجل يعرف له مرة وينكر اخرى يجوز طلاق وليه عليه قال ماله هو لا يطلق قلت لا يعرف حد الطلاق ولا يؤمن عليه ان طلق اليوم ان يقول غدا لم اطلق قال (ع) ما اراه الا بمنزلة الامام يعني الولي المراد كونه بمنزلة الامام في الطلاق كما صرح به في خبره (٥) الثالث عنه ايضا في طلاق المعتوه قال (ع) يطلق عنه وليه فاني اراه بمنزلة الامام وخبر (٦) شهاب بن عبد ربه قال ابو عبدالله (ع) المعتوه الذي لا يحسن ان يطلق يطلق عنه وليه على السنة الحديث

وهذه النصوص وان كانت في المعتوه وهو ناقص العقل كما مر - ومثله يصح مباشرته للطلاق باذن الولي ولذا يقول الامام عليه‌السلام ماله لا يطلق ويعلل السائل عدم

---

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب ميراث الازواج حديث ٤

(٢) الوسائل باب ٣٣ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١

(٣-٥-٦) الوسائل باب ٣٥ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١-٣-٢

(٤) الوسائل باب ٣٤ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١

طلاقه بكونه منكر للطلاق اولايعرف حدوده ولاينافي ذلك النصوص المتقدمة الدالة على انه لايصح طلاق المعتوه لان المراد بها استقلاله فيه لاتصديه له باذن الولي - وبه يظهر اندفاع ما اورده الشهيد الثاني على الاستدلال بهذه النصوص بعدم وضوح دلالتها فان السائل وصف الزوج بكونه ذاهب العقل ثم يقول له الامام ماله لايطلق مع الاجماع على ان المجنون ليس له مباشرة الطلاق ولا اهلية التصرف ثم يعلل السائل عدم طلاقه بكونه منكر الطلاق اولا يعرف حدوده ثم يجيبه بكون الولي بمنزلة السلطان انتهى الا انها تدل على حكم المجنون بالفحوى - بل ظاهر الخبر الثاني للقماط كونه في الجنون الادواري فيتم في غيره بالفحوى وعدم القول بالفصل - واستدل للقول الاخر - باجماع الفرقة - وباصالة بقاء العقد وصحته - وبقوله صلى الله عليه وآله وسلم (١) الطلاق بيد من اخذ بالساق - ولكن الاول موهون بذهاب الاكثر الى خلافه - ويخرج عن الاخيرين بالنصوص المتقدمة .

ثم ان ظاهر المتن كغيره عدم الفرق هنا بين المتصل جنونه بالبلوغ وعدمه وهو كك لاطلاق النصوص وهل تثبت ولاية الحاكم ايضا في المقام - من جهة تنزيل الولي منزلة الامام الدال بالالتزام على ان للامام ايضا ذلك - ام لا لقوة احتمال ارادة انه بمنزلته حيث يكون له الولاية فلا شركة بينهما فيها - وجهان اظهرهما الثاني .

٣ - ليس لاحد ان يطلق عن السكران بلا خلاف لان الطلاق بيد من اخذ بالساق لعدم ثبوت الولاية وهو واضح جدا .

في اعتبار كون المطلقة زوجة بالعقد الدائم

(و) الركن الثاني (**في المطلقة**) وشروطها اربعة - بل خمسة الاول (**دوام الزوجية**) وهذا ينحل الى شرطين احدهما الزوجية - ثانيهما ان تكون بالعقد الدائم .

اما الاول فاعتباره اجماعي وفي الجواهر بل لعله من ضروريات المذهب فلا يصح

(١) المستدرك باب ٢٥ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٣

طلاق الموطوئة بالملك والاجنبية وان تزوجها بعد ذلك - ويشهد به مضافا الى الاجماع والى انه لازالة قيده - النصوص الاتية سيما ماتضمن منها قوله عليه السلام لاطلاق الا بعد نكاح .

وهل يصح الطلاق قبل النكاح معلقا بالتزويج - ام لا - الاظهر هو الثاني - من غير فرق بين تعيين الزوجة كأن يقول ان تزوجت فلانة فهي طالق او اطلق او عمم - كما لو قال كل من اتزوجها فهي طالق - والظاهر انه لاخلاف فيه وليس الوجه فيه بطلان التعليق في الانشاء - لمامر في كتاب النكاح من عدم الدليل عليه سوى الاجماع والمتيقن منه التعليق على مالايكون معلقا عليه في نفسه فلايشمل التعليق في المقام على الزوجية وقد قال الشيخ في محكي المبسوط ان التعليق على مايتوقف صحة العقد عليه ليس الاشرطا لما يقتضيه اطلاق العقد فان اقتضاه الاطلاق لم يضره اظهاره وشرطه انتهى - وليس وجهه ايضا ما في الحدائق من ان الطلاق توقيفي فلابد من الاقتصار على ماثبت صحته بالشرع ولم يثبت مع التعليق على الزوجية - فانه يكفي في الحكم بالصحة المطلقات (بل) الوجه فيه النصوص الخاصة - كصحيح(١) الحلبي عن الصادق في حديث انه سئل عن رجل قال كل امرأة اتزوجها ما عاشت امي فهي طالق فقال عليه السلام لاطلاق الا بعد نكاح الحديث - ورواه(٢) الصدوق مرسلا عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم - وصحيح (٣) محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام عن رجل قال ان تزوجت فلانة فهي طالق - الى ان قال فقال عليه السلام ليس بشيء لايطلق الا مايملك - وخبر (٤) سليمان عن علي بن الحسين عليهما السلام في حديث في رجل سمى امرأة بعينها وقال يوم يتزوجها فهي طالق ثلاثا ثم بداله ان يتزوجها ايصلح ذلك فقال عليه السلام انما الطلاق بعد النكاح - وخبر (٥) زكريا بن آدم عن الرضا عليه السلام عن طلاق السكران والصبي والمعتوه والمغلوب على عقله ومن لم يتزوج بعد فقال لايجوز الى غير تلكم من النصوص المستفيضة - فلا اشكال في الحكم .

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١-٢-٣-١٢-١٢

واما الثاني وهو دوام الزوجية فلا يقطع الطلاق بالمتمتع بها فالظاهر انه لا خلاف فيه بل الاجماع بقسميه كما في الجواهر ـ وقد استدل لذلك بالنصوص المتقدمة الحاصرة للطلاق في النكاح المتبادر منه الدوام ـ وبظهور حصر طلاقها في شرطها ـ او اسقاطا في ذلك لاحظ خبر (١) هشام بن سالم قلت كيف يتزوج المتعة قال يقول اتزوجك كذا وكذا يوما بكذا و كذا درهما فاذا مضت تلك الايام كان طلاقها في شرطها ـ وبما دل على ان المتمتع بها تبين بغير طلاق ـ كصحيح (٢) عمر بن اذينة عن الصادق عليه السلام في حديث في المتعة فاذا انقضى الاجل بانت منه بغير طلاق ـ ويمكن المناقشة في الكل ـ اما الاول فبمنع كون المتبادر من النكاح الدوام ـ واما الاخيران فلانه لامفهوم لهما كي يدلان على عدم سببية غير ما ذكر ولذلك قال الشهيد الثاني والاعتماد على الاتفاق والا فتعدد الاسباب ممكن وقال في الجواهر وان لم يحضرني من النصوص مايدل على عدم وقوع الطلاق بالمتمتع بها نعم فيها مايدل على حصوله بانقضاء المدة و بهبتها ولكن ذلك لايقتضي عدم صحته عليها لامكان تعدد الاسباب ثم استدل له بما تقدم اقول الاولى ان يستدل له بخبر (٣) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام في المتعة ليست من الاربع لانها لاتطلق ولاترث وانما هي مستاجرة .

يشترط في المطلقة ان تكون طاهرة

والشرط الثالث ﴿خلوها عن الحيض والنفاس ان كان حاضرا ودخل بها﴾ بلا خلاف فيه نصا وفتوى وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه ـ ويشهد به ـ جملة من النصوص المستفيضة بل المتواترة ـ كصحيح (٤) الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام

(١) الوسائل باب ١٨ ـ من ابواب المتعة حديث ٣

(٢) الوسائل باب ٤٣ من ابواب المتعة حديث ٢

(٣) الوسائل باب ٤٣ من ابواب المتعة حديث ١

(٤) الوسائل باب ٨ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٢

عن رجل طلق امرأته وهى حائض فقال الطلاق لغير السنة باطل - وصحيح (١) عمر ابن اذينة عن زرارة ومحمد بن مسلم وبكير وبريد وفضيل واسماعيل الازرق ومعمر ابن يحيى كلهم عن ابى جعفر - وابى عبدالله عليهما السلام انهما قالا اذا طلق الرجل فى دم النفاس اوطلقها بعد مايمسها فليس طلاقه اياها بطلاق - وصحيح (٢) عمر بن اذينة عن بكير بن اعين وغيره عن الباقر عليه السلام كل طلاق لغير العدة فليس طلاقه بطلاق ان يطلقها وهى حائض اوفى دم نفاسها اوبعد ما يغشاها قبل ان تحيض فليس طلاقه بطلاق الى غير ذلك من النصوص - ثم ان ظاهر النصوص شمول الحكم للحيض والنفاس الشرعيين المندرج فيهما البياض المتخلل بين الدمين والحيض المتخلل بالاختيار - نعم المنساق منها ذات الدمين فعلا اوحكماً بخلاف من نقت ولما تغتسل من الحدث.

وهل هما مانعان - اوان الخلو منهما شرط المتيقن من النصوص هو الاول - وعلى العكس ظاهر الفتاوى - ولعل الاظهر هو الثانى - فان الظاهر من النصوص المتعددة استفادة الشرط المزبور من قوله تعالى (٣) «فطلقوهن لعدتهن و احصوا العدة» لان المراد طلاقهن فى طهر يكون من عدتهن والحائض حال حيضها ليست كك وكذا ذات الطهر المواقعة فيه - ورتب على هذا النزاع صاحب الجواهر ره انه على القول بشرطية الخلو يبطل طلاق المجهول حالها - اقول - البطلان ظاهراً يكون على القولين اذ كما انه على القول بالشرطية يقال يعتبر الخلو وهو مشكوك فيه فحصول الطلاق مشكوك فيه والاصل عدمه كك يقال على القول بالمانعية واحتمال وجود المانع وان تشبث باصالة عدم الحيض - يجاب بانه فى كل مورد جرى ذلك يجرى اصالة الخلو عن الحيض فتدبر.

ثم انه لايعتبر الخلو من الحيض والنفاس فى موارد - منها - الحامل - ومنها غير المدخول بها فانه يصح طلاقهما حائضين بناء على مجامعة الحيض للحمل بلا

(١-٢) الوسائل باب ٨ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٥-٩

(٣) الطلاق الاية ٢

خلاف- ويشهد بذلك جملة من النصوص- كصحيح(١) الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام لاباس بطلاق خمس على كل حال الغايب عنها زوجها والتي لم تحض والتي لم يدخل بها زوجها والحبلى والتي قد يئست من المحيض- و صحيح (٢) الفاضلين زرارة و محمد بن مسلم وغيرهما- عن الصادقين عليهما السلام خمس يطلقن ازواجهن متى شاؤوا الحامل المستبين حملها والجارية التي لم تحض والمرئة التي قد قعدت من المحيض والغائب عنها زوجها والتي لم يدخل بها- وصحيح(٣) حماد بن عثمان عن الصادق عليه السلام خمس يطلقن على كل حال الحامل والتي قد يئست من المحيض والتي لم يدخل بها والغائب عنها زوجها والتي لم تبلغ المحيض- و نحوها غيرها- فان قيل ان النسبة بين هذه النصوص وبين نصوص اعتبار الخلو من الحيض- عموم من وجه- فما وجه تقديم هذه- قلنا اولا- ان المنساق من عموم على كل حال ارادة هذه الحال وبعبارة اخرى انها ناظرة الى مادل على انه لايطلق المرئة في بعض الاحوال وتدل على ان هذه الخمسة يطلقن حتى في تلك الحال فتكون حاكمة عليها- وثانيا انه لوسلم كون التعارض بالعموم من وجه يقدم هذه النصوص للاجماع وغيره.

جواز طلاق الحائض والنفساء اذا كان الزوج غائبا

﴿و﴾ منها ما ﴿لو كان﴾ الزوج ﴿غائبا﴾ بلاخلاف فيه في الجملة والنصوص المتواترة منها ما تقدم ومنها ما سياتي شاهدة به- انما الخلاف في قدر الغيبة الموجبة لجواز الطلاق في المحيض- فعن جماعة كالمفيد ووالد الصدوق والعماني والديلمي والحلبي انه يجوز مطلقا من دون تقدير للمدة بقدر- وعن الشيخ في النهاية وابن حمزة تقديرها بشهر- وعن الاسكافي والمصنف في المختلف تقديرها بثلاثة اشهر- وعن الشيخ في الاستبصار والحلي والمصنف في اكثر كتبه والمحقق تقديرها ﴿بقدر انتقالها من طهر﴾ وطئها فيه ﴿الى آخر﴾ وهو المشهور بين

(١-٢-٣) الوسائل باب ٢٥ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٣-٤-٥

المتاخرين ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص ـ فان طائفة منها تدل على جواز ان يطلق الغائب امرأته مطلقا ـ كالنصوص المتقدمة ـ وصحيح (١) محمدبن مسلم عن احدهما عليهما السلام عن الرجل يطلق امرأته و هو غائب قال عليه السلام يجوز طلاقه على كل حال و تعتد امرأته من يوم طلقها ـ وخبر (٢) ابي بصير قلت لابي عبدالله عليه السلام الرجل يطلق امرأته وهو غائب فيعلم انه يوم طلقها كان طامثاً قال عليه السلام يجوز وباطلاق هذه الاخبار افتى الشيخ المفيد ومن تبعه من المشايخ المتقدم ذكرهم ـ وطائفة اخرى تدل على التقدير بشهر ـ كموثق (٣) اسحاق بن عمار عن ابي عبدالله عليه السلام الغائب اذا اراد ان يطلقها تركها شهراً ـ وخبر (٤) ابن سماعة قال سألت محمد بن ابي حمزة متى يطلق الغائب فقال حدثني اسحاق بن عمار او روى اسحاق بن عمار عن ابي عبدالله عليه السلام او ابي الحسن عليه السلام قال اذا مضى له شهر ـ و طائفة ثالثة تدل على تقدير المدة بثلاثة اشهر ـ كصحيح (٥) جميل بن دراج عن ابي عبدالله عليه السلام الرجل اذا خرج من منزله الى السفر فليس له ان يطلق حتى تمضى ثلاثة اشهر وموثق (٦) اسحاق بن عمار قلت لابي ابراهيم عليه السلام الغائب الذى يطلق كم غيبته قال خمسة اشهر اوستة اشهر قلت حد دون ذا قال عليه السلام ثلاثة اشهر ـ وطائفة رابعة متضمنة لان الغائب يطلق بالاهلة و الشهور كصحيح (٧) زرارة عن بكير عن الباقر عليه السلام .

وقد ذكروا فى الجمع بين النصوص وجوها ـ منها ـ حملها باجمعها على الندب وان الغائب متى تحقق فيه الوصف جاز طلاقها الا ان الاولى ان يصبر شهراً ـ و اولى منه ان يتربص ثلاثة اشهر ـ ويرد عليه ـ ان بعض تلك النصوص يابى عن ذلك كقوله عليه السلام فى صحيح جميل فليس له ان يطلق حتى تمضى ثلاثة اشهر مع ان الجمع الموضوعى مقدم على الجمع الحكمى وهو فى المقام ممكن بتقييد اطلاق تلك النصوص

(١-٢-٣-٤-٥-٦-٧) الوسائل باب ٢٦ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١-٦-٣-٥-٧-٨-٢

بالنصوص المحددة له بشهر اوثلاثة اشهر - وما في الرياض - من ان كثرة الاخبار المطلقة ووضوح دلالتها على العموم- وقصور الاخبار المقيدة سنداً في بعض ودلالة في آخر وعددا في الجميع ووضوح قرائن الاستحباب منها زيادة على الاختلاف توجب اولوية الحمل على الاستحباب من التقييد - غير تام فان كثرة الاخبار لا توجب عدم حملها على المقيد - وفي الاخبار المقيدة روايات صحاح وموثقات ولم اظفر بقرائن الاستحباب فيها والاختلاف ليس منها .

ومنها حمل اختلاف الاخبار على اختلاف عادات النساء في الحيض بالنسبة الى الشهر والثلاثة و الاربعة والازيد والميزان العلم بانتقالها من طهر الى آخر ذكره الشيخ وتبعه اكثر المتاخرين (وفيه) ان هذا الجمع تبرعي لاشاهد له بعد عدم ورود النصوص في موارد خاصة بل هي واردة بعنوان الضابط الكلي للجميع - مع انه يلزم منه حمل اخبار الثلاثة على الفرد النادر .

ومنها ما في الجواهر وهو حمل النصوص المطلقة على الغائب عنها في طهر لم يواقعها فيه و لم يعلم بكونها حائضا ولو لعادة لها وقتية مثلا معلومة لديه و حمل النصوص المقيدة على من غاب عنها في طهر واقعها فيه - ثم حمل نصوص الشهر على ارادة الانتقال من طهر الى زمان طهر اخر من الشهر او حملها على المرأة المستقيمة التي هي غير مسترابة - وحمل نصوص الثلاثة على غيرها - وهذا الجمع ايضا تبرعي وبعيد من وجوه .

والتحقيق يقتضي ان يقال ان نصوص الباب مختصة بمجهولة الحال التي لم تعلم ايام حيضها من ايام قرئها - اذ مضافا الى انه من المستبعد جدا دعوى صحة الطلاق في ايام الحيض - او الطهر الذي واقعها فيه بمجرد الغيبة الحاصلة بالسفر الشرعي قطعا على القول بالاطلاق - او دعوى تلك بمضي الشهر لمن عادتها الازيد منها - و كذا بالنسبة الى ثلاثة اشهر - يظهر من صحيح ابن الحجاج الاتي في الحاضر غير الممكن من اطلاع حالها - المتضمن لقوله هذا مثل الغائب عن اهله يطلق بالاهلة والشهور ان الميزان هو عدم الاطلاع على حالها - ويظهر ذلك ايضا من السؤال عن

الغائب يطلق امرأته ثم يعلم بعد ذلك انها يوم طلقها كانت طامثا - وبالجملة - التدبر في النصوص يوجب الاطمينان بذلك - وعليه - فيقيد اطلاق النصوص المطلقة بالمقيدة - واما الطائفتان المقيدتان - فهما متعارضتان لا يمكن الجمع بينهما بوجه - وما افاده سيد المدارك في محكي شرح النافع من ترجيح روايات الثلاثة اشهر لاصحية سندها - قال ويعضده ان الغالب من حال الغائب عن زوجته ان يكون حالها مجهولا عنده فتكون كالمسترابة التي يجب التربص بها ثلاثة اشهر - يرده - ان من روايات شهر واحد صحيح عبد الرحمن الاتي فروايات الثلاثة ليست اصح سنداً من روايات شهر واحد - ويعضد هذه ان الغالب في النساء الاستقامة في الحيض لا الاسترابة - وحيث لا ترجيح لاحدى الطائفتين على الاخرى فالاظهر هو التخيير - فان اخذ بروايات الشهر لاباس بحمل روايات الثلاثة اشهر على الاستحباب والاولوية او المرئة المعلوم كونها مسترابة - فالمتحصل من النصوص ان الغائب ان علم بكون المرئة في طهر المواقعة - او في حال الحيض لا يجوز له طلاقها - والا فينتظر بها ان يمضي شهر واحد من حين الجماع فيطلقها وان انتظر مضي ثلاثة اشهر كان اولى .

حكم ما اذا تبين بعد الطلاق كونها طامثا

ثم ان تمام الكلام هنا بالبحث في فروع -١- انه بناء على القول بوجوب التربص لو طلق الغائب زوجته - فاما ان يطلقها بعد مضي المدة المعتبرة او قبلها - وعلى التقديرين - اما ان يوافق فعله كونها جامعة لشرائطه في الواقع بان وقع في طهر غير طهر المواقعة - اولا يوافق بان تبين وقوعه في طهر المواقعة - او حالة الحيض او يستمر الاشتباه - فهيهنا صور.

الاولى ان يطلقها بعد المدة ثم تظهر الموافقة - لا اشكال هنا في صحة الطلاق لاجتماع الشرائط المعتبرة في صحته في نفس الامر وظاهرا .

الثانية الصورة بحالها ولكن ظهر بعد ذلك كونها حائضا حال الطلاق - والظاهر الاجماع على الصحة هنا ايضا لانه حين ما طلقها راعى الشرائط فتبين كونها حائضا

لايضر - مع انه قدصرح بذلك فى خبر ابى بصير المتقدم فمافى المتن ﴿صحيح طلاقها ولو كانت حائضا﴾ لااشكال فيه .

الثالثة - الصورة الاولى بحالها لكن تبين وقوعه فى طهر المواقعة - ففى الرياض الاظهر الاشهر الصحة - واستدل الشهيد الثانى ره لها بعد الحكم بها (بان) الطلاق وقع على الوجه المعتبر شرعا (وبان) الطلاق اذا حكم بصحته فى حال الحيض بالنص والاجماع فلان يحكم بصحته فى حال الطهر اولى لان شرط الطلاق فى غير الغائب امران وقوعه فى طهر و كون الطهر غير طهر المواقعة فاذا اتفق وقوعه فى حال الحيض تخلف الشرطان لعدم طهر اخر غير طهر المواقعة وعدم الخلو من الحيض واذا اتفق وقوعه فى حال الطهر فالمتخلف شرط واحد وهو كون الطهر غير طهر المواقعة فاذا كان تخلف الشرطين فى الغائب غير مانع فتخلف احدهما اولى بعدم المنع - واستدل المحقق لعدم الصحة - بانتفاء شرط الصحة وهو استبراء الرحم خرج منه حال الحيض فيبقى الباقى ونمنع من وجود الشرط فان الاذن فى الطلاق استنادا الى الظن لايقتضى الحكم بالصحة اذا ظهر بطلان الظن .

والحق ان يقال ابتناء الصحة والفساد ، على كون هذا الحكم اى الطلاق مع مراعاة المدة المعتبرة حكما واقعيا - اوظاهريا - فعلى الاول لابد من البناء على الصحة - وما افاده المحقق بان الاذن فى الطلاق استنادا الى الظن لايقتضى الحكم بالصحة اذا ظهر بطلان الظن - غير تام - لعدم ظهور بطلان الظن بل يتبدل الموضوع فلايبطل الحكم - وعلى الثانى لابد من البناء على البطلان - والاولوية المذكورة فى كلام الشهيد ممنوعة فانه يمكن ان يقال كما قيل ان شرط الطلاق فى غير الغائب امران - الانتقال من طهر المواقعة ووقوع الطلاق فاذا اتفق وقوعه فى حال الحيض تخلف الثانى واذا اتفق فى طهر المواقعة تخلف الاول فلاتتم الاولوية المذكورة - وظاهر النصوص خصوصا المطلقات منها المصرحة بانه يطلق الغائب على كل حال وجعلها فى سياق غير المدخول بها والحامل كونه حكما واقعيا - وعليه فالاظهر هو الصحة .

الرابعة ان يطلقها مراعيا للمدة المعتبرة ويستمر الاشتباه - والطلاق هنا صحيح قولا واحدا كما افاده الشهيد الثانى ره لوجود المقتضى وهو رعاية الشرط وعدم المانع

حتى المتوهم منه .

الخامسة ان يطلقها قبل مضى المدة المعتبرة الا انه ظهر بعدوقوع الطلاق وقوعه في طهر لم يقربها فيه ـ ففيه وجوه ـ الصحة ـ اختارها الشهيد الثاني ره ـ البطلان اختاره سيد المدارك والمحدث البحراني ـ الصحة مع الجهل باعتبار المدة ـ والبطلان مع العلم به ـ اختاره السيد في الرياض ـ واستدل للاول بحصول شرط الصحة في نفس الامر وظهور ذلك ـ و باولوية الصحة في طلاق الغائب من الصحة في طلاق الحاضر لاضعفية حكمه عنه ـ وحيث ان مثل هذا الطلاق صحيح في الحاضر فليكن صحيحا في الغائب واستدل للثالث ـ للصحة مع الجهل بذلك ـ والبطلان مع العلم بعدم القصد الى الطلاق اقول بعدما عرفت من ان هذا الحكم حكم واقعي لاظاهري ـ يظهر ان ما ذكر من حصول شرط الصحة ممنوع فان شرطها مضى المدة ولم تمض ـ كما يظهر منع الاولوية فانه في طلاق الحاضر لايعتبر مضى المدة بخلاف طلاق الغائب ـ ثم على فرض تمامية ذلك التفصيل لاوجه له لانه يمكن له ان يقصد الطلاق لو احتمل التصادف مع الشرائط النفس الامرية ـ فالاظهر هو البطلان في هذه الصورة .

الصورة السادسة ـ والسابعة ـ والثامنة ـ الصورة بحالها الا انه تبين عدم الانتقال من طهر المواقعة ـ او كونها حائضا ـ او استمر الاشتباه ـ والظاهر انه لااشكال في البطلان في جميع هذه الصور لعدم حصول الشرط وهو مضى المدة ـ وعدم ظهور كون الطلاق واجدا للشرائط المعتبرة فيه في الواقع .

و لو مضت المدة المعتبرة فاخبره عدل بانها حائض اوفي طهر المواقعة ـ فعن المسالك في صحة الطلاق وجهان اجودهما العدم لوجود المقتضى للبطلان فان صحة طلاقه غائبا مشروطة بعدم الظن بحصول المانع ـ اقول ما افاده جيد الا انه يحتاج الى اصلاح ـ وهو ان صحة طلاق الغائب مشروطة بعدم العلم بحصول المانع كما تقدم وحيث ان خبر الواحد حجة في الموضوعات وقد ثبت في محله قيام الامارات مقام العلم الماخوذ في الموضوع على وجه الطريقية ـ فاخبار العدل بحكم العلم ـ فلايصح طلاقه .

لو طلق الغائب فتبين انها في النفاس

٣ ـ قال الشهيد الثاني ان النفاس هنا كالحيض في المنع والاكتفاء بطهرها منه فلو غاب وهي حامل ومضى مدة يعلم بحسب حال الحمل وضعها و طهرها من النفاس جاز طلاقها كما لو انتقلت من الحيض ـ ويكفي في الحكم بالنفاس ظنه المستند الى عادتها وان كان عدمه ممكنا كماقلناه في الحيض ـ ثم قال ولووطئها حاملا ثم غاب وطلق قبلا مضي مدة تلد فيها غالبا وصادف الطلاق ولادتها وانقضاء نفاسها ففي صحته الوجهان الماضيان في الحيض والحكم فيهما واحد انتهى (وفيه) ان بين الحيض والنفاس هنافرقا واضحا ـ فانه لووطئها حاملا ثم غاب عنها يجوز طلاقها بلاانتظار المدة ـ لاجتماع جهتي الجوازفيه ـ وهو كونه غائبا و كونها حاملا ـ ودليل اعتبار المدة لادخل له بالمقام ـ فمقتضى اطلاق الادلة جواز طلاقها مطلقا وصحته ولوانكشف وقوعه في حال النفاس وليس هو من قبيل طلاق الحائل قبل مضي المدة ـ بل هو من قبيل طلاقها بعد مضي المدة ـ الذي عرفت الحكم فيه بالصحة وان انكشف وقوعه في حال الحيض فكك في المقام ـ فان قيل انه من المعلوم في الشرع اتحاد حكم الحيض والنفاس فما الموجب للفرق بينهما في المقام ـ قلنا ان الموجب للفرق ان اعتبار المدة في الحائل انما هو لرعاية حريم وقوع الطلاق في حال الحيض او الطهر الذي واقعها فيه ـ وفي الحامل لايعتبر ذلك كمامر .

لو خرج الى السفر في طهر لم يواقعها فيه

ـ٤ـ صرح الشيخ في النهاية وغيره في غيرها بانه لوخرج الى السفر في طهر لم يقربها فيه جاز طلاقها ولو بان انها حائض مطلقا سواء مضت المدة ام لا ـ وفي الجواهر بل لااجد خلافا فيه بل حكى الاجماع عليه بعض الافاضل وفي الرياض والحدائق ومحكي المدارك البناء على اعتبار مضي المدة هنا ايضا الا مع العلم بعدم كونها حائضا قال الشهيد الثاني في وجه القول الاول (ان) شرط الصحة هنا موجود وهو

استبرائها بالا نتقال من طهر الى آخر وانما الحيض بعد ذلك مانع من صحة الطلاق ولايشترط في الحكم بصحة الفعل العلم بانتفاء موانعه بل يكفي عدم العلم بوجودها واورد عليه سبطه (بان) مـا تضمن اعتبار مضي المدة في الغـائب يتناول باطلاقه من خرج في طهر المواقعة وغيره (وبان) ما تضمن بطلان طلاق الحائض متناول لهذه الصورة كمايتناول غيرها فيتوقف الحكم بالصحة على وجوددليل عليه واضاف السيد في الرياض ـ انه يتوقف على كون العلم با لحيض مانعا لا كون فقده شرطا و هو خلاف النصوص و اضاف في الحدائق ـ انه كما ان من شروط صحة الطلاق العلم بانتقال المرئة من طهر المواقعة كذلك من شروطه العلم بكونها غير حائض وقت الطلاق .

اقول يمكن توجيه كلام الشهيد ره بنحو لا يرد عليه هذه الايرادات ـ وهو انه من خرج الى السفر في طهر غير طهر المواقعة فاراد الطلاق فان علم بانها حائض لايجوز كمامر ـ كما انه ان علم بعدم كونها حائضا يصح طلاقه لمامر من ان اعتبار مضي المدة في حال الجهل ـ ولو شك في ذلك يستصحب خلوها عن الحيض فيحرز هذا الشرط اوعدم المانع بالاصل ومعه لايكون داخلا في النصوص بل به يخرج عنها ـ كما ان مادل على بطلان طلاق الحائض لايشمله لاستصحاب عدم الحيض ـ ولافرق في ذلك بين كون الحيض مانعا اوفقده شرطا اذ كما يمكن استصحاب عدم المانع يمكن استصحاب بقاء الشرط ـ ومافي الحدائق من ان الشرط العلم بكونها غير حائض يندفع بعدم اخذ العلم في الموضوع اولا ـ وقيام الاستصحاب مقام العلم الماخوذ في الموضوع على بعض الوجوه ثانياً ـ فماافاده الشهيد ره متين ـ ولكن لوانكشف ان الطلاق كان واقعاً في حال الحيض كان باطلا لان الصحة الثابتة بالاستصحاب ظاهرية ـ واجزاء الحكم الظاهري خلاف القاعدة (و اما) ما في الجواهر من توجيه ذلك بان نصوص اعتبار المدة انما هي لمكان معرفة الانتقال من طهر المواقعة لامطلقا ضرورة عدم مدخلية المدة في تعرف حيضها وعدمه حاله فنصوص اعتبار المدة لاتشمل المقام ـ ومقتضى اطلاق نصوص صحة طلاق الغائب على كل حال صحته في المقام (فيرده) ان نصوص

اعتبار المدة مطلقةـ وكما لايعرف الحيض وعدمه بانقضاء المدة كذلك لايعرف الانتقال من الطهر سيما بمضي شهر واحد .

في طلاق المحبوس عن زوجته

ـ٥ـ لو كان حاضر الكن لايمكنه الوصول الى الزوجة واستعلام حالها لحبس ونحوه فالمشهور بين الاصحاب انه بمنزلة الغائب فيما مر من حكمه والاقوال فيهـ كما انه لو كان غائبا يمكنه استعلام احوالها لورود الاخبار عليه ممن يعتقد صدقه ويركن في صحة الاخبار اليه فانه يكون في حكم الحاضر ويشهد للاول صحيح (١) عبدالرحمن ابن الحجاج ـ سئلت اباالحسن عليه السلام عن رجل تزوج امرئة سرا من اهلها وهي في منزل اهلها وقد اراد ان يطلقها وليس يصل اليها فيعلم طمثها اذا طمثت ولا يعلم بطهرها اذا طهرت قـال فقال عليه السلام هذا مثل الغائب عن اهلة يطلق بالاهلة و الشهور قلت ارأيت ان كان يصل اليها احيانا والاحيان لايصل اليها فيعلم حالها كيف يطلقها قال(ع) اذا مضى له شهر لاتصل اليها فيه يطلقها اذا نـظر الى غرة الشهر الاخر بشهود ويكتب الشهر الذي يطلقها فيه ويشهد على طلاقها رجلين فاذا مضى ثلاثة اشهر فقد بانت منه وهو خاطب من الخطاب وعليه نفقتها في تلك الثلاثة التي تعتد فيهاـ وخبر(٢) الحسن ابن علي بن كيسان قـال كتبت الى الرجل عليه السلام اسئله عن رجل له امرأة من نساء هولاء العامة واراد ان يطلقها وقد كتب حيضها وطهرها مخافة الطلاق ـ فكتب عليه السلام يعتزلها ثلاثة اشهر ثم يطلقها .

واورد على الاول بانه خبر واحد لايستند اليه في الحكم الشرعيـ وبان دلالته قاصرة لما فيه من التدافع والتناقض فانه يحكم اولا بانه يطلق بالاهلة والشهور الظاهر في اعتبار تعدد الشهر وفي ذيله يصرح بانه يطلقها اذا مضى شهر (ولكن) يرد الاول ماحقق في محله من حجية الخبر الواحد خصوصاً الصحيح منه. ويرد الثاني. ان قوله

(١-٢) الوسائل باب ٢٨ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١-٢

يطلق بالاهلة والشهور يراد به ان الميزان فى طلاق امثال هذه ليس احراز الخلوعن الحيض بل الميزان هى الشهور. وهى مجملة من حيث مايكتفى به من الشهور ويبين ذلك ذيل الخبر.

مع انه لوسلم ظهوره فى اعتبار تعدد الشهر يحمل على الاستحباب. ولعله يصير قرينة على حمل نصوص الثلاثة اشهر مطلقا - التى منها خبر ابن كيسان عليه - ودعوى ان هذا الخبر لايصلح للمقاومة مع مادل على اشتراط الخلوعن الحيض والوقوع فى طهر غير طهر المواقعة لاستفاضته واعتضاده بالاصل - مندفعة - بان هذا الصحيح المعتضد بالشهرة العظيمة اخص من النصوص المشار اليها فتخصص به - واستفاضتها لاتمنع من التخصيص كيف ويخصص قطعى السند بمثله. فالاظهر ان حكم الحاضر المحبوس عن زوجته غير المتمكن من استعلام حالها حكم الغائب ففى صورة الجهل بحالها - يتربص شهرا ثم يطلقها ويصح طلاقه وان تبين مصادفته للحيض اوطهر المواقعة.

فى اعتبار وقوع الطلاق فى طهر لم يقربها فيه

﴿و﴾ الشرط الرابع ﴿ان يطلقها فى طهر لم يقربها فيه بجماع الافى الصغيرة واليائسة والحامل﴾ فلو طلق غير من استثنت فى طهر واقعها فيه بطل الطلاق. بلا خلاف بل الاجماع بقسميه عليه. وبه استفاض اخبارنا - كصحيح (١) الفضلاء - زرارة و محمد بن مسلم و بكير و بريد وفضيل و اسماعيل الازرق ومعمر بن يحيى - عن الصادقين عليهما السلام - انهما قالا اذا طلق الرجل فى دم النفاس او طلقها بعد ما يمسها فليس طلاقه اياها بطلاق - و صحيح (٢) البزنطى عن الرضا عليه السلام عن رجل طلق امرأته بعد ماغشيها بشهادة عدلين قال عليه السلام ليس هذا طلاقا قلت فكيف طلاق السنة فقال يطلقها اذاطهرت من حيضها قبل ان يغشيها بشاهدين عدلين الحديث ونحوهما غيرهما -.

---

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٤

ويشهد لاستثناء اليائسة واخوتها - بعد الاتفاق - جملة من الاخبار - كصحيح(١) الحلبى اوحسنه عن الصادق عليه السلام لا بأس بطلاق خمس على كل حال الغائب عنها زوجها والتى لم تحض والتى لم يدخل بها والحبلى والتى قد يئست من المحيض - وصحيح (٢) زرارة ومحمد بن مسلم وغيرهما عن الصادقين عليهما السلام خمس يطلقهن ازواجهن متى شاؤا الحامل المستبين حملها والجارية التى لم تحض والمرئة التى قد قعدت من المحيض والغائب عنها زوجها والتى لم يدخل بها - و صحيح (٣) حماد بن عثمان عن الصادق عليه السلام خمس يطلقن على كل حال الحامل والتى قد يئست من المحيض والتى لم يدخل بها والغائب عنها زوجها والتى لم تبلغ المحيض - ونحوها غيرها - ثم ان الكلام وقع فى موردين - ١ - ان المصرح به فى هذه النصوص ان احدى الخمس المرئة التى لم تحض - وليس فيها ذكر للصغيرة قيل وهى تشمل المرئة التى لم تحض مثلها عادة وان زاد سنها عن التسع - والمذكور فى الفتوى هى الصغيرة ولذلك قال السيد فى محكى شرح النافع وعندى فى التخصيص نظر ولايبعد ان يكون المراد بمن لم تحض التى لم تحض مثلها عادة وان زاد سنها عن التسع - ولكن يرد عليه اولا - ان التى لم تحض قد فسرت فى بعض النصوص الواردة فى العدة بالصغيرة لاحظ - خبر(٤) عبد الرحمن بن الحجاج الذى ليس فى سنده من يتوقف فيه سوى سهل الثقة عند جماعة قال ابوعبدالله عليه السلام ثلاث يتزوجن على كل حال التى لم تحض ومثلها لا تحيض قال قلت وماحدها قال عليه السلام اذا اتى لها اقل من تسع سنين الحديث وتحديدها بذلك كاشف عن عدم الاختصاص بالمورد - وثانياً انه فى صحيح حماد عبر عنها بالتى لم تبلغ المحيض وهى ظاهرة فى الصغيرة - و ثالثاً ما ادعاه فى الرياض من انها ظاهرة فى الصغيرة كما يكشف عنه التتبع فى اخبارهم عليهم السلام فالمستثناة هى الصغيرة خاصة

(١-٢-٣) الوسائل باب ٢٥ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٣-٤-٥

(٤) الوسائل باب ٢٣ من ابواب العدد حديث ٤

٢ـ هل يعتبر في صحة طلاق الحامل الاستبانة كما عن الشيخين في المقنعة والنهاية وابن البراج وبني حمزة وادريس وسعيد والعلامة الطباطبائي وغيرهم ام يكفي فيه مصادفة الواقع كما هو ظاهر المتن والشرايع والنافع ـ وغيرها ممن عبر كعبارتها ـ وجهان ـ قد استدل في محكي المصابيح للاول (بما) في الصحيحين من نصوص الخمس من وصف الحامل بالمستبين حملها في احدهما والمتيقن في الاخر ولا ينافيه اطلاق الحامل في غيرهما ـ لان الظاهر من قولهم يطلقهن اباحة الطلاق دون وقوعه والاباحة مشروطة بظهور الحمل (وبان) الطلاق الواقع على غير السنة باطل عندنا بلا خلاف وطلاق المرئة في طهر المواقعة مع عدم ظهور حملها محرم قطعاً اذ لا مسوغ له فيكون باطلا ـ واجاب صاحب الجواهر ره عن الوجه الاول بان الصحيحين الذين ذكرهما لا دلالة فيهما على اشتراط صحة الطلاق بذلك خصوصاً بناء على ما اعترف به من ان المراد فيهما وفي غيرهما بيان الاباحة المتوقفة على الاستبانة لاصالة عدم الحمل لا اشتراط صحة الطلاق بذلك.

اقول ما افاده من كون النصوص في مقام بيان اباحة الطلاق لا الاشتراط وعلى ذلك يبتني الوجه الثاني كما سيمر عليك ـ فيرده انه خلاف الظاهر اذ الظاهر من الاوامر والنواهي المتعلقة بالعقود و الايقاعات كونها ارشاداً الى الصحة واللزوم والمانعية وما شاكل ـ وعليه فالنصوص في مقام بيان صحة طلاق الخمس من دون اعتبار القيدين المعتبرين في طلاق غيرهن ـ وهما ـ الخلو عن الحيض ـ و كون المرئة في طهر غير طهر المواقعة ـ فكل ما اخذ في الموضوع يكون ظاهراً في دخله فيه ومن ذلك الاستبانة ـ ولكن ذلك يتم لو لم يكن هناك نصوص مطلقة دالة على صحة طلاق الحامل مطلقا ـ وهي موجودة في المقام وحيث ان تلك النصوص مع النصوص المقيدة للحمل بالاستبانة من قبيل المثبتين فلا يحمل المطلق منهما على المقيد بل العمل يكون على المطلق ـ وبذلك يظهر الجواب عن الوجه الثاني ـ فان طلاق المرئة في طهر المواقعة مع كونها حاملا ولم يظهر الحمل ـ وان كان في الظاهر غير جائز وخلاف السنة ـ لكن بعد ما يظهر انها كانت حاملا تظهر انه كان صحيحا و كان على وفق

السنة والحكم الظاهرى لا يوجب بطلانه ـ فما افاده المصنف والمحقق والشهيد ان و صاحب الجواهر وغيرهم من الاساطين من انه لايعتبر فى صحة طلاقها الاستبانة بل يكفى فيه مصادفة الواقع هو الاظهر.

﴿و﴾ اما ﴿المسترابة﴾ التى هى فى سن من تحيض وهى لاتحيض اما العارض من رضاع اومرض اولخلقة فهذا الشرط وان كان ساقطا بالنسبة اليها الاان صحة طلاقها مشروطة بان ﴿تصبر ثلاثة اشهر﴾ من حين المواقعة لم تردما معتزلا لها ولا يصح طلاقها قبل ذلك بلاخلاف اجده فى شىء من ذلك ـ ويشهد به صحيح(١) اسماعيل بن سعد الاشعرى عن الرضا عليه السلام عن المسترابة من المحيض كيف تطلق قال عليه السلام تطلق بالشهور ـ واقل الشهور ثلاثة ـ واظهر منه دلالة عليه مرسل (٢) داود بن ابى يزيد العطار عن بعض اصحابه عن ابى عبدالله عليه السلام عن المرئة تستراب بها ومثلها تحمل وتحيض وقد واقعها زوجها كيف يطلقها اذا اراد طلاقها قال عليه السلام ليمسك عنها ثلاثة اشهر ثم يطلقها وعن المسالك وبعض من تاخر عنه انه لايلحق بالمسترابة من تعتاد الحيض فى كل مدة يزيد عن ثلاثة اشهر فان تلك لااسترابة فيها بل هى من اقسام ذوات الحيض يجب استبرائها بحيضة وان توقف على ستة اشهر اوازيد.

فى اعتبار التعيين

وفى اشتراط تعيين الزوجة المطلقة لفظاً اونية فى صحة الطلاق قولان ـ احدهما ماعن الشيخ فى المبسوط وابن البراج والمحقق والمصنف والشهيد فى احد اقوالهم وهو عدم الاعتبار ـ فلو كان له زوجتان اوزوجات و قال احدى زوجتى طالق ولم ينو طلاق واحدة معينة صح وتستخرج بالقرعة او يرجع الى اختياره فى التعيين على الخلاف بينهم ـ ثانيهما ـ ماعن الشيخ المفيد والسيد المرتضى والحلى والشيخ فى احد

---

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب العدد حديث ١٧

(٢) الوسائل باب ٤٠ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١

قوليه بل هو الاشهر كما في الرياض حكايته عن بعض الاجلة بل هو المشهور بين الاصحاب نقلا وتحصيلا كما في الجواهر بل عليه الاجماع كما عن الانتصار والطبريات وهو اعتباره فلو طلق بدون التعيين بطل.

وقد استدل للثاني بوجوه ١ـ ان ادلة صحة الطلاق لا تشمل طلاق المرئة المبهمة غير المعينة لانصرافها الى ما هو الشايع المعروف من الشريعة والعادة (وفيه) ان الانصراف الناشي عن شيوع فرد وندرة آخر لا يصلح لتقييد الاطلاق.

٢ـ ان الطلاق امر معين فلابدله من محل معين وحيث لا محل فلا طلاق (وفيه) ان الطلاق لدفع قيد النكاح ـ فكما ان من اسلم على اكثر من الاربع يزول قيد النكاح عن الاكثر عن الاربع ويبقى بالنسبة الى الاربع فكك في المقام لا اقول ـ انه من الحكم هناك يستفاد حكم المقام حتى يقال كما في الجواهر بانه قياس بل اقول ان ادل الدليل على امكان شيء وقوعه وبه يندفع دعوى الاستحالة.

٣ـ ان الاحكام من قبيل الاعراض فلابد لها من محل تقوم به (وفيه) مضافا الى ما في سابقه ـ ان الاحكام من الامور الاعتبارية وهي خفيف المؤونة وتقوم بالكلي فكما يصح اعتبار الملكية في بيع الكلي وملكية احد الشيئين او الاشياء في الوصية كك يصح اعتبار زوجية احدى الامرأتين وخروج الاخرى عن قيد النكاح.

٤ـ انه ليس الطلاق الا لدفع قيد النكاح الذي لم يقع في الخارج الا على شخص بعينها والاحدية و نحوها من الامور الانتزاعية الوهمية لم يقع عليها عقد النكاح (وفيه) اولا النقض بما لو تملك عدة اشياء معينة كل واحد منها بسبب خاص ـ ثم اوصى باحدها لزيد فكما انه لا مانع هناك من صحة الوصية كك في المقام ـ و ثانيا ـ بالحل ـ و هو انه لم يدل دليل على اعتبار وقوع الطلاق على ما وقع عليه النكاح بعينه ـ فكما ان من اشترى صيعانا معينة من حنطة ـ له ان يبيع صاعا منها بنحو الكلي في المعين كك يصح في المقام ان يطلق احدى الزوجات اللاتي وقع النكاح على كل واحدة بعينها.

٥ـ ان تعيين واحدة منهن ان كان بالقرعة فيرد عليه انها لكشف الامر المشتبه

وليس المقام منه ضرورة خلوه عن القصد في الواقع - وان كان بتعيين المطلق فيرد عليه انه لادليل بعد فرض صحة الطلاق على مدخلية اختياره في ذلك (وفيه) ان القرعة لاتختص بماذكر بل هي للاعم من ذلك ومن المشكل الذي لاترجيح فيه بظاهر الشرع كما حقق في محله وقد ورد الامر بالقرعة فيما لاتعين له واقعاً - مع - انه ما المانع من البناء على ان للمطلق اختيار التعيين فان التعيين من توابع الطلاق فكما ان له التعيين ابتداء كك له التعيين استدامة .

٦- ان توابع الطلاق من العدة وغيرها لابدلها من محل معين (وفيه) ان المصنف قده التزم بترتب تلك الاثار بعد التعيين وهو صحيح فان العدة انما هي على من طلقت ومالم يتعين المطلقة - لايصدق هذا العنوان على واحدة منهما أو منهن .

٧- دلالة جملة من النصوص عليه لاحظ صحيح(١) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام عن رجل قال لامرأته انت على حرام او باينة او بتة او برية او خلية قال عليه السلام هذا كله ليس بطلاق - انما الطلاق ان يقول لها في قبل العدة بعد ماتطهر من محيضها قبل ان يجامعها انت طالق او اعتدى يريد بذلك الطلاق ويشهد على ذلك رجلين عدلين بدعوى انه يدل على اعتبار ذكر مايفيد التعيين وخبر(٢) محمد بن احمد بن مطهر قال كتبت الى ابى الحسن صاحب العسكر عليه السلام انى تزوجت اربعة نسوة ولم اسئل عن اسمائهن ثم انى اردت طلاق احداهن و تزويج امرأة اخرى فكتب عليه السلام انظر الى علامة ان كانت بواحدة منهن فتقول اشهدوا ان فلانة التى بها علامة كذا و كذا هى طالق ثم تزوج الاخرى اذا انقضت العدة (ولكن) الصحيح غير ظاهر في اعتبار التعيين - فان قوله انت طالق - انما هو في جواب ان السائل سئله عن كفاية انت خلية وما شابهه فاجابه عليه السلام بذلك فالنظر في الجواب الى خصوص كلمة طالق - واذا لم يتوهم احد اعتبار الخطاب .

---

(١) الوسائل باب١٦ من ابواب مقدمات الطلاق حديث٣

(٢) الوسائل باب٣ من ابواب مايحرم باستيفاء العدد حديث ٣

واما الخبر- فهو وان دل على التعيين الا انه يدل على اعتباره فى ترتب الحكم الذى سئل عنه وهو التزويج بامرأة اخرى ولاشك فى اعتباره فى ذلك اذ مالم يعين لاعدة ومع عدم العدة وعدم مضيها لايجوز تزويج الخامسة (فالمتحصل) انه لا دليل على اعتبار التعيين وان الاظهر صحة الطلاق ولو لم ينو واحدة معينة.

وعليه فهل يستخرج المطلقة بالقرعة كما فى الشرايع ام يرجع فى ذلك الى تعيينه كما افاده المصنف ره فى محكى القواعد- وجهان- اظهرهما الثانى كما فى نظائره منها تزويج الاختين معا بعقد واحد- وتزويج خمس كك- اواثنتين لمن عنده ثلاث ومنها من باع صاعا من صبرة فانهم صرحوا بان التخيير فى تعيينه بيد البايع- بل وكذا بيع الكلى فى الذمة -ويمكن ان يستدل له بانه بطلاق غير المعينة لا تخرج عن قيد النكاح الا الكلى الجامع بين زوجاته المعرى عن التشخص الخاص فكما ان اصل الطلاق بيد الزوج وطلاق المرئة المعينة بيده كك تطبيق الكلى الجامع على واحدة معينة وجعلها مطلقة بيده - ومع ذلك الاحوط ان تستخرج بالقرعة ثم يختار هو ما خرج بها - ثم ان هيهنا فروعا ذكرها الفقهاء - وحيث ان نظائرها تقدمت فى كتاب النكاح فى مسئلة مالو اسلم وعنده اكثر من الاربع - فلاحاجة الى الاعادة - .

صيغة الطلاق

الركن الثالث فى الصيغة - لاخلاف ولا اشكال فى ان النكاح بعد وقوعه عصمة مستفادة من الشرع لايزول الا بما جعله الشارع رافعاً له فيقف رفعه على موضع الاذن- كما لاريب فى ان الطلاق شرع لرفعه - ومقتضى اطلاق دليله كونه رافعاً بتحقق مسماه الحاصل بانشائه بكل لفظ دال عليه - ﴿ و ﴾ لكن صرح جماعة من الاصحاب بانه ﴿ لايقع الا بقوله طالق ﴾ وتفصيل القول فى المقام يقتضى البحث فى جهات .

الاولى - المشهور بين الاصحاب انحصار صيغة الطلاق فى مادة الطلاق -فلو قال

انت خلية من الزوج او بريئة منه اوحبلك على غاربك او الحقى باهلك او بائنة او حرام او بتة اى مقطوعة الزوجية - اوتبلة اى متروكة النكاح او اغربى عنى او اذهبى او اخرجى وماشابه تلكم من الفاظ الكناية و غيرها لم يقع به الطلاق سوى نوى به اولم ينوه- وعن محمد بن ابى حمزة والاسكافى والشهيد الثانى فى المسالك والسيد فى المدارك وقوعه بلفظ اعتدى - بل عن الشهيد وقوعه بغير اعتدى من الكنايات التى هى اوضح معنى من قوله اعتدى كقول انت سرحة او سرحتك او فارقتك و ما شاكل.

ويشهد للاول جملة من النصوص كصحيح(١) الحلبى عن الصادق عليه السلام عن رجل قال لامرأته انت منى خلية او برية او بتة او بائن او حرام قال عليه السلام ليس بشيء-وصحيح(٢) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام عن رجل قال لامرئته انت على حرام او بائنة او بتة او برية او خلية - قال عليه السلام هذا كله ليس بشيء انما الطلاق ان يقول لها فى قبل العدة بعد ما تطهر من محيضها قبل ان يجامعها انت طالق او اعتدى يريد بذلك الطلاق و يشهد على ذلك رجلين عدلين و رواه احمد بن محمد بن ابى نصر البزنظى فى كتاب الجامع عن محمد بن سماعة عن محمد بن مسلم على مانقله المصنف فى محكى المختلف وترك قوله او اعتدى- وعن (٣) الكافى عن الحسن بن سماعة قال ليس الطلاق الا كما روى بكير بن اعين ان يقول لها و هى طاهر من غير جماع انت طالق و يشهد شاهدى عدل و كل ماسوى ذلك فهى ملغى - ودلالة هذه النصوص على الحصر ظاهرة.

و استدل للثانى بصحيح محمد على النقل الاول - و صحيح (٤) الحلبى عن الصادق عليه السلام الطلاق ان يقول لهااعتدى اويقول لها انت طالق-واورد على الاستدلال بهما بوجوه.

---

(١) الوسائل باب ١٥ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١

(٢-٣-٤) الوسائل-باب ١٦-من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٣-١-٢

١ـ ماعن الشيخ قده بان لفظ اعتدى من غير تقدم قول الرجل انت طالق لامعنى له لان لها ان تقول من اى شيء اعتد وعليه فيتعين ان يكون المراد ان لفظ اعتدى انما يعتبر اذا تقدم قوله انت طالق - حتى يصح ان يجيب الرجل اذا سئلته المرئة من اى شيء اعتد - بانى طلقتك فالاعتبار اذاً بلفظ الطلاق (وفيه) انه اذا قصد الزوج باعتدى الطلاق وحكم الشارع بحصول البينونة به يصير هذه الكلمة - في معنى انت طالق فاذا سئلته المرئة من اى شيء اعتد يقول من الطلاق الواقع بهذا اللفظ.

ـ ٢ـ انهما يحملان على التقية لان حصول الطلاق به مذهب العامة مع ان الخبر الاول مروى بوجهين ليس في احدهما هذا اللفظ (وفيه) اولا - ان في الخبر الاول ما يخالف ذلك وهو انه لايقع الطلاق بقوله انت حرام او بائنة الخ - وثانيا - ان الحمل على التقية انما هو فيما اذا لم يمكن العمل بالخبر لوجود المعارض له وفقد الموافق جملة من المرجحات المنصوصة والا فلا يحمل الخبر بمجرد الموافقة للعامة على التقية واما ما ذكر من تعدد النقل فالاصل يقتضى البناء على وجود الزيادة.

٣ ـ انه يحتمل ارادة معنى الواو - من - او - على معنى ذكر ما يدل على ارادة الطلاق من انت طالق في مقابل قول العامة بوقوع الطلاق به مطلقا - وفيه ان ذلك خلاف الظاهر لايصار اليه الا مع القرينة المفقودة في المقام.

٤ ـ انه يحتمل ان يكون المراد - بيان ان الطلاق يقع بحضورها اوغيبتها فان كان الثانى يرسل اليها رسولا يقول لها اعتدى كما عساه يشهد له صحيح (١) محمد بن قيس اوحسنه عن الباقر عليه السلام الطلاق للعدة ان يطلق الرجل امرأته عند كل طهر يرسل اليها ان اعتدى فان فلانا قد طلقك قال وهو املك برجعتها مالم تنقض عدتها وموثق (٢) ابن سنان عن الصادق عليه السلام يرسل اليها فيقول الرسول اعتدى فان فلانا قد فارقك (وفيه) ان الظاهر من الصحيحين الذين بهما الاستدلال - كون القائل بالجملتين - اى - انت طالق - اواعتدى - واحدا والمخاطب واحدة وحصول الطلاق

(١-٢) الوسائل باب ١٦ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٥-٢

بنفس هذه الجملة - نعم - الصحيح والموثق يدلان على عدم اعتبار حضور الزوجة وانه يصح ان تطلق وهي غائبة وبهما يتصرف في ظهور الصحيحين وغيرهما في اعتبار الخطاب ويبنى على عدم اعتباره .

فالحق - ان الصحيحين يدلان على الاكتفاء به ولا مانع من الافتاء - سوى عدم افتاء الاصحاب خصوصا القدماء منهم بذلك فهما بالاعراض ساقطان عن الحجية

ثم انه على القول بالاكتفاء به لاوجه لما ذكره الشهيد من توسعة الدائرة بالحكم بالصحة في جملة من الكنايات الظاهرة في ارادة معنى الطلاق - بل وبالالفاظ الصريحة فيه كالتسريح و الفراق وما شاكل اذلاوجه له ح سوى ما افاده من مفهوم الموافقة المؤيد بعموم الايات والاخبار الدالة على الطلاق من غير تقييد - ثم اورد على نفسه بان الحصر في النصوص حتى الصحيح المستدل به ينافي ذلك - واجاب عنه بان الحصر في الصيغتين بطريق المطابقة وفي غيرهما بطريق الالتزام فلامنافاة - مع امكان منع دلالة انما على الحصر بل هو لمجرد التاكيد وقد وقع استعمال انما في الكلام الفصيح مجردا عن الحصر - ويرد عليه انه مع عدم العلم بمناط الحكم كيف يدعى مفهوم الموافقة والاولوية وظاهر الخبر حصر ما يقع به الطلاق في الصيغتين فالتعدي ينافيه الحصر - وحمل لفظ انما على غير الحصر خلاف الظاهر يحتاج الى قرينة ومجرد استعماله مجرداً عنه لايكفي في ذلك فان الاستعمال اعم من الحقيقة .

الثانية - المشهور بين الاصحاب اعتبار ان يكون ما ينشأ به البينونة من مادة الطلاق متهيأة بهيئة طالق - فلايكفي لو قال - انت طلاق اومطلقة وماشاكل - وخالف الشيخ في موردين (احدهما) انه قال يقع الطلاق بقول - انت مطلقة - حكى عن مبسوطه (ثانيهما) مالوسئل الزوج هل طلقت امرأتك فيقول نعم - فانه وبعض اتباعه ذهبوا الى وقوع الطلاق بذلك ووافقهم في الثاني - المصنف ره في محكى القواعد - والمحقق في الشرايع والنافع - وصاحب الحدائق .

ويشهد لما هو المشهور النصوص الحاصرة فيما يتحقق به الطلاق في صيغة طالق باضافة مايعين المطلقة - ولم يستدل الشيخ على ماذهب اليه من وقوعه بانت مطلقة بل قال عندنا

ان قوله انت مطلقة اخبار عما مضى فقط فان نوى به الايقاع في الحال فالاقوى ان نقول انه يقع. واورد عليه المحقق في الشرايع بانه بعيد عن شبه الانشاء. والظاهر ان نظر المحقق الى ما ذكره الاصحاب في اشتراط الماضوية في ما ينشأ به وانه لا يصح الانشاء بالمستقبل ولا بالجملة الاسمية في شيء من العقود والايقاعات - بان المستقبل اشبه بالوعد والجملة الاسمية اخبار لا انشاء والامر استدعاء لا ايجاب - ولازم ذلك عدم وقوع الطلاق - بانت طالق ولكنه لورود النص الخاص به يلتزم به فيه وفي غيره يبنى على ذلك الاصل وحيث عرفت فساد هذا الوجه في كتاب النكاح وان مقتضى القاعدة صحة الانشاء بالمستقبل والجملة الاسمية فهذا الايراد في غير محله - فالعمدة في الجواب عن الشيخ ره حصر النصوص ما يقع به الطلاق في غيره.

واستدل لما ذهب اليه الشيخ وتابعوه في المورد الثاني - بروايات - منها خبر (١) السكوني عن الصادق عليه السلام عن ابيه عليه السلام عن علي عليه السلام عن الرجل يقال له أطلقت أمراتك فيقول نعم قال قد طلقها ح (وفيه) مضافا الى ضعف سنده - انه غير ظاهر في ارادة الانشاء بذلك بل هو يدل على ان الاقرار بالطلاق ملزم عليه ويؤخذ به - ومنها (٢) موثق اسحاق عنه عليه السلام في رجل طلق امرأته ثلاثا فاراد رجل ان يتزوجها فكيف يصنع فقال عليه السلام يدعها حتى تحيض وتطهر ثم ياتيه ومعه رجلان شاهدان فيقول اطلقت فلانة فاذا قال نعم تركها ثلاثة اشهر ثم خطبها الى نفسه - ونحوه موثقه (٣) الآخر وموثق (٤) حفص بن البختري و ظهور هذه النصوص في وقوع الطلاق - بقول الزوج نعم في جواب السؤال لا ينكر بقرينة قوله يدعها حتى تحيض و تطهر - فانه بملاحظة و قوع الطلاق في طهر غير طهر المواقعة و ايضاً قوله ومعه رجلان شاهدان - فان ذلك لرعاية حضور العدلين - وايضا تركها ثلاثة اشهر ثم خطبها

---

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٦

(٢) الوسائل ٣٦ من ابواب مايحرم بالمصاهرة حديث ١

(٣-٤) الوسائل باب ٣١ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٢ - ١

الى نفسه فانه برعاية العدة الا انها ظاهرة فى ارادة الاخبار عن طلاق سابق من قول نعم ومثله لايصلح لوقوع الطلاق به اجماعا لاعتبار قصد الانشاء به ولم يفت بعدم اعتباره احد سوى صاحب الحدائق ره فى المقام فهذه النصوص مطروحة بالاعراض ـ فاذاً لادليل على وقوع الطلاق به .

فى اعتبار العربية فى صيغة الطلاق

الثالثة ـ المشهور بين الاصحاب انه يعتبر العربية فى صيغة الطلاق ـ وعن الشيخ فى النهاية انه ينوب مناب قوله انت طالق بغير العربية باى لسان كان فانه تحصل به الفرقة اذا تعذر عليه لفظ العربية فاما اذا كان قادرا على التلفظ بالطلاق بالعربية فطلق بلسان غيرها فلا تقع الفرقة بذلك لانه ليس عليه دليل والاصل بقاء العقد ـ وقد استدل لاعتبار العربية بوجوه اكثرها بينة الفساد ـ وهى التاسى فان النبى صلى الله عليه وآله والائمة عليهم السلام كانوا يطلقون بالعربية ـ وان مقتضى اصالة الفساد عدم ترتب الاثر على شىء من مايقع به الطلاق و المتيقن مما خرج عن هذا الاصل الطلاق بالعربية فلابد من رعايتها ـ وبعدم صدق الطلاق على غير العربى ـ فانه يرد على الاول ـ انه لادليل على لزوم التاسى او محبوبيته فى كل ما كانوا يفعلونه الاترى انهم كانوا يتكلمون بالعربى ولم يتوهم احد لزومه او استحبابه ولعل انشائهم الطلاق به من هذا القبيل ـ مع ان مطلوبيته لاتستلزم فساد الانشاء بغيره ـ ويرد الثانى ان مقتضى الاطلاقات وقوعه بغير العربى ايضا ومعها لاوجه للرجوع الى الاصل ـ ويرد الثالث ان الطلاق من مقولة المعنى فما معنى عدم صدقه على ما انشأ بغير العربى فالعمدة فى هذا المقام هو ظهور النصوص الحاصرة المتقدمة وبها يقيد الاطلاقات .

واستدل الشيخ لما ذهب اليه بان المقصود فى المحاورات بالذات انما هو المعانى دون الالفاظ لانها دلائل ونسبة الالفاظ متساوية ـ وبخبر (١) وهب بن وهب عن جعفر

---

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١

عليه‌السلام عن ابيه عليه‌السلام عن علي عليه‌السلام كل طلاق بكل لسان فهو طلاق- وعن المصنف ره في المختلف بعد نقل احتجاج الشيخ و نقل احتجاج الحلي على عدم وقوع الطلاق بغير العربي بان الاصل عصمة الفروج والاستصحاب يدل على بقاء العقد والفرقة امر شرعي ولم يثبت - انه قال ونحن في المسألة من المتوقفين (اقول) اما احتجاج الحلي فقد مر ما فيه- واما الوجه الاول الذي ذكره الشيخ ره فهو في نفسه متين فان حاصله ان الطلاق وغيره من الاعتباريات تتحقق باعتبار المعتبر فهي امور اعتبارية ولو لا الاجماع على انه ما لم يبرز الاعتبار بمبرز لقلنا بالاكتفاء بالاعتبار النفساني ولو لم يبرز ولكن قام الاجماع عليه ولا فرق في الابراز بين العربي وغيره فمقتضى اطلاق الادلة هو الاكتفاء بغير العربي.

لكن يرد عليه انه لاوجه ح للاختصاص بغير المتمكن من الالفاظ العربية - اللهم- الا ان يقال انه قام الاجماع على اعتبارها لمن يتمكن منها - مع ان النصوص السابقة الحاصرة توجب تقييد اطلاق الادلة- فان قيل ان الظاهر منها باعتبار الخطاب بالزوج بان يقول انت طالق كونها مختصة بالمتمكن من التلفظ بالعربية فيبقى غيره تحت الاطلاقات- ولعل هذا هو الوجه في تخصيص الشيخ الاكتفاء بغير العربية بغير المتمكن منها- قلنا- انها وان كانت بصورة الخطاب ولكن قد مر انها تدل على حصر ما يقع به الطلاق فيما تضمنته ومن جملة القيود المأخوذة كونه بالعربي-فيقيد اطلاق الايات والاخبار بها -واما الخبر فهو ضعيف السند فان راويه معروف بالكذب-فالمتحصل ان الاظهر عدم وقوع الطلاق بغير العربي من اللغات الاخر.

في الطلاق بالكتابة

الرابعة لاخلاف بين الاصحاب في عدم وقوع الطلاق بالكتابة من الحاضر القادر على النطق- و كذا لاخلاف ظاهراً في انه لو عجز عن النطق و لو لعارض في لسانه فكتب ناويا به الطلاق صح كما سيأتي - وانما الخلاف في انه هل يقع بالكتابة اذا كان غائباً عن الزوجة و كان قادراً على اللفظ ام لا - فالمشهور بين الاصحاب العدم

وهو مذهب الشيخ في محكي المبسوط والخلاف مدعيا عليه الاجماع -وعنه في النهاية وقوعه بها وتبعه من القدماء جملة من اتباعه ومن متاخري المتاخرين الشهيد الثاني والفاضل الخراساني والمحدث الكاشاني - ومنشأ الاختلاف اختلاف الاخبار -فمما يشهد للاول صحيح (١) زرارة قلت لابي جعفر عليه السلام رجل كتب بطلاق أمرأته او بعتق غلامه ثم بداله فمحاه قال عليه السلام ليس ذلك بطلاق ولاعتاق حتى يتكلم به -وصحيحه (٢) الاخر المضمر سالته عن رجل كتب الى امرأته بطلاقها او كتب بعتق مملوكه ولم ينطق به لسانه قال عليه السلام ليس بشيء حتى ينطق به -ومما يدل على الثاني صحيح (٣) الثمالي سألت اباجعفر عليه السلام عن رجل قال لرجل اكتب يافلان الى امرأتي بطلاقها او اكتب الى عبدي بعتقه يكون ذلك طلاقاً اوعتقا قال عليه السلام لايكون طلاقاً ولاعتقا حتى ينطق به لسانه اويخطه بيده وهو يريد الطلاق اوالعتق ويكون ذلك منه بالاهلة والشهور يكون غائباً عن اهله.

والنسبة بين الطائفتين عموم مطلق لان الاولين مطلقان شاملان للغائب والحاضر والاخير مختص بالغائب فالجمع بين النصوص يقتضي البناء على الوقوع بها.

ولكن ذكروا وجوها لعدم العمل بظاهر الاخير -١- ما عن مختلف المصنف ره وهو انه حيث لاتاثير للغيبة والحضور في السبب فهمامتعارضان فيحمل الاخير على حالة الاضطرار وتكون لفظة اوللتفصيل لاللتخيير او يطرح لموافقة الاولين للاصل والشهرة في العمل (وفيه) مضافاً الى صراحة الصحيح في كون المطلق قادراً على التلفظ لانه قال اكتب يا فلان الخ فلاوجه لحمله على حالة الاضطرار - انه حمل لاشاهد به وماذكر من تساوي الغيبة والحضور في السببية مصادرة محضة بل دعوى بلا دليل في مقابل النص الصريح ، و عدم الفرق بينهما في سببية اللفظ لايستلزم عدم الفرق بينهما في سببية الكتابة- واما موافقة الاصل فهي ليست من مرجحات احدى الروايتين على الاخرى مطلقا فان الخبر موافقه و مخالفه حاكم على الاصل - واما

(١-٢-٣) الوسائل باب ١٤ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٢-١-٣

الشهرة في العمل فهي و ان كانت من المرجحات لكنه في الخبرين المتعارضين لا في المطلق والمقيد.

٢ ـ ما في الجواهر و هو موافقة صحيح الثمالي للعامة الذين اوقعوا الطلاق بالكتابة لانها احد الخطابين واحدى اللسانين المعربين عما في الضمير فيحمل على التقية (وفيه) ان المخالفة للعامة من المرجحات عند تعارض الخبرين على نحو لا يمكن الجمع بينهما بوجه بعد فقد جملة من المرجحات لا من مميزات الحجة عن اللاحجة ولا من مرجحات المطلق على المقيد.

٣ ـ ما في الحدائق وهو انه في باب العقود والايقاعات اتفقت الكلمات و هو المعهود من الشارع على عدم الاكتفاء بغير اللفظ ويبعد اختصاص الطلاق بهذا الحكم لعدم ظهور خصوصية له بذلك ويعضده ما ورد(١) في بعض الاخبار انما يحرم الكلام ويؤكده الحصر في انت طالق فانه كما يدل على عدم الاكتفاء بغير هذا اللفظ يدل على عدم الاكتفاء بالكتابة ـ وبالاخيرين استدل صاحب الجواهر ره للقول المشهور (اقول) اما ما ذكره من عدم المعهودية من الشارع بالاكتفاء بالكتابة في العقود والايقاعات وبعد اختصاص الطلاق بهذا الحكم ـ فيدفعه انه لا يبعد بعد ورود النص الصريح الصحيح فيه بالخصوص دون غيره وكم له احكام تختص به الا ترى ان المشهور بينهم اعتبار الماضوية في صيغ العقود ولكن في باب الطلاق اتفقوا على لزوم كونه بالجملة الاسمية ـ واما ما ذكره من الخبر انما يحرم الكلام فعلى فرض دلالته على اعتبار اللفظ في العقود والايقات فهو مطلق يقيد اطلاقه بالصحيح ـ مع انه غير دال على ذلك لانه في الخبر احتمالات ذكرناها في الجزء الثالث عشر من هذا الشرح ـ واوضح الاحتمالات

(ع) هو خبر يحيى بن الحجاج عن خالد بن نجيح قلت لابي عبدالله (ع) الرجل يجيىء فيقول اشترهذا الثوب و اربحك كذا وكذا فقال (ع) اليس ان شاء ترك وان شاء اخذ قلت بلى قال(ع) لاباس به انما يحلل الكلام ويحرم الكلام راجع الوسائل باب ٨ من ابواب احكام العقود من كتاب التجارة حديث ٤

واظهرها ماذكره صاحب الجواهر في كتاب البيع وتبعه جمع من الاساطين ـ وهو ان المرادبالكلام الالتزام البيعي الذى هو مورد الخبر والمراد بالمحللية والمحرمية المنسوبتين اليه محللية الايجاب للمبيع على المشترى والثمن على البايع ومحرمية المبيع على البايع والثمن على المشترى واطلاق الكلام على الالتزام شايع مثل كلام الليل يمحوه النهار. فالمتحصل من الخبر ان المشترى حيث انه ان شاء اخذ وان شاء ترك فيكشف ذلك عن عدم تحقق المعاملة وانما الواقع صرف المقاولة و المواعدة فلاباس لعدم كونه ح بيع ماليس عنده بخلاف ما اذا تحقق ايجاب البيع وتمام الكلام فيه في محله فالخبر اجنبى عن اعتبار اللفظ ـ اضف اليه ـ ان الحديث مجهول على تقدير كون الراوى ابن بختج لا ابن الحجاج الحسن ومن الغريب ان صاحب الجواهر ـ مع انه ذكر هذا الاحتمال في كتاب البيع واوضحه وبينه يستدل به في المقام.

واما نصوص الحصر فهي ايضاً يقيد اطلاقها بالصحيح فمقتضى الادلة هو البناء على الاكتفاء بها ولكن لاعراض المشهور عن الصحيح وعدم افتائهم بمضمونه ان ثبت يتوقف في الحكم فتأمل ـ ثم انه على القول بالاكتفاء بها لابد من البناء على اعتبار ان يكتب بخطه كما صرح به في الخبر ـ وفي نهاية الشيخ ثم قال الشهيد الثاني واعلم انه على تقدير القول بوقوعه بها يعتبر القصد بها الى الطلاق وحضور شاهدين يريان الكتابة وهل يشترط رؤيته حال الكتابة ام يكفي رؤيتهما لها بعدها فيقع حين يريانها وجهان والاول لايخلو عن قوة لان ابتدائها هو القائم مقام اللفظ انتهى وهو جيد. ثم ان الظاهر من الخبر بقرينة قوله ويكون ذلك بالاهلة و الشهور ويكون غائبا عن اهله ـ ان الموضوع هو الغائب البعيد بمسافة القصر كما تقدم في طلاق الغائب ولايشمل الغائب عن المجلس فما عن المسالك من احتمال شموله للغائب عن المجلس و تقوية اعتبار الغيبة عرفا في غير محله .

في طلاق الاخرس

الخامسة - لاخلاف و لااشكال في انه يقع طلاق الاخرس بالكتابة والاشارة والفعل الدال عليه - و كذا كل من يتعذر عليه النطق - والنصوص شاهدة به - كصحيح(١) البزنطي عن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرئة يصمت ولايتكلم قال عليه السلام اخرس هو قلت نعم - و يعلم منه بغض لامرئته و كراهته لها ايجوز ان يطلق عنه وليه قال عليه السلام لا ولكن يكتب ويشهد على ذلك قلت فانه لايكتب ولا يسمع كيف يطلقها قال عليه السلام بالذى يعرف به من افعاله مثل ماذكرت من كراهته وبغضه لها - وخبر(٢) ابان بن عثمان عن ابى عبدالله عليه السلام عن طلاق الخرساء قال عليه السلام يلف قناعها على رأسها ويجذبه - وخبر (٣) السكونى طلاق الاخرس ان ياخذ مقنعتها ويضعها على رأسها ويعتزلها ونحوه خبر(٤) ابى بصير عن الصادق عليه السلام - وخبر(٥) يونس في رجل اخرس كتب في الارض بطلاق امرئته قال عليه السلام اذا فعل في قبل الطهر بشهود وفهم عنه كما يفهم عن مثله ويريد الطلاق جاز طلاقه على السنة - وظاهر هذه النصوص هو الاكتفاء بالكتابة - او كل فعل اعم من الاشارة وغيرها يفهم منه ارادته الطلاق من دون ترتيب بين ذلك وعن الحلى تقديم الكتابة لانها اقوى في الدلالة على المراد - ولكن الاقوائية ليست موجبة للتقديم الاعلى نحو الاولوية ولذا ذكرها الامام عليه السلام اولا في صحيح البزنطي وعن جماعة منهم الصدوق ان اعتبار القاء القناع على المرئة يرى انها قد حرمت عليه - لخبرى السكونى وابى بصير - ولكنهما لا يصلحان لتقييد صحيح البزنطي الدال على كفاية كل فعل يعرف به الطلاق - فيحملان على ان ذلك من افراد الاشارة .

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ١٩ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١-٢-٣-٥-٤

تفويض الطلاق الى الزوجة

السادسة لوخير الزوج الزوجة وقصد تفويض الطلاق وجعله بيدها ـ فان اختارت الزوج اوسكتت ولو لحظة تقدح فى الاتصال عرفا فلاحكم له بالاتفاق ـ والنصوص دالة عليه ـ وان اختارت نفسها بقصد الطلاق فالمشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة انه لاحكم له اصلا ـ وعن ابن الجنيد و ابن ابى عقيل والسيد المرتضى وظاهر الصدوق وقوع الفرقة ـ اما رجعية كما عن الثانى منهم اوبائنة كما عن الاول ـ ثم ان المراد من موضوع هذه المسألة يحتمل ان يكون كون التخيير بنفسه قسما مستقلا من مايحصل به الفرقة كالخلع والمباراة واللعان ـ ويحتمل ان يكون من الطلاق الكنائى و كون الكناية تخييره لها بقصد الطلاق ومرجعه الى الطلاق منه لكنه معلقا على اختيارها ـ ويحتمل ان يكون من الطلاق الكنائى و ان الكناية بقولها اخترت نفسى ـ واما لو قالت اناطالق و كان تخيير الزوج توكيلا لها فى طلاق نفسها فهو خارج عن هذه المسألة ولااشكال فى وقوعه ـ و ان كان لايقع به ايضا لو كان بعد تفويض الزوج امر الطلاق اليها ـ لما دل من النصوص على عدم جواز التفويض اليها كما ياتى .

مقتضى القاعدة مع قطع النظر عن النصوص الخاصة عدم وقوع الطلاق على جميع الاحتمالات الثلاثة ـ اما على الاول فلان النكاح عصمة مستفادة من الشرع ولايزول الا بماجعله الشارع الاقدس رافعاله فكون شىء كك كالطلاق واللعان وماشا كل يحتاج الى دليل مثبت والا فالاصل عدمه ـ واما على الاحتمال الثانى فلمامر من عدم وقوع الطلاق بغير صيغة طالق مع ضم مايعين به الزوجة اضف اليه كونه مشتملا على التعليق وبناء الاصحاب على فساده ـ واما على الاحتمال الثالث فلعدم وقوع الطلاق بالكناية كما تقدم ـ ولعدم جواز تولية النساء الطلاق للنصوص الدالة عليه ـ كصحيح (١) ابن قيس عن ابى جعفر عليه السلام قضى على عليه السلام فى رجل تزوج امرأة واصدقته واشترطت عليه ان بيدها

---

(١) الوسائل باب ٢٩ من ابواب المهور حديث ١

الجماع والطلاق قال عليه السلام خالفت السنة ووليت حقاليست باهله - قال وقضى علي عليه السلام ان على الرجل النفقة وبيده الجماع والطلاق وذلك السنة ونحوه مرسل (١) ابن بكير ومرسل (٢) هارون بن مسلم .

واما النصوص الخاصة فقد دلت طائفة منها على فساد التخيير كموثق (٣) عيص بن القاسم عن ابي عبدالله عليه السلام عن رجل خير امرأته فاختارت نفسها بانت منه قال عليه السلام لا انما هذا شيء كان لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خاصة امر بذلك ففعل ولو اخترن انفسهن لطلقهن وهو قول الله عز وجل قل لازواجك ان كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا - وخبر (٤) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام عن الخيار فقال ماهو وماذاك انماذاك شيء كان لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم - وموثقة (٥) الاخر قلت لابي عبدالله عليه السلام اني سمعت اباك يقول ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خير نسائه فاخترن الله ورسوله فلم يمسكهن على طلاق ولو اخترن انفسهن لبن - فقال عليه السلام ان هذا حديث كان يرويه ابي عن عائشة وما للناس والخيار انما هذا شيء خص الله به رسوله صلى الله عليه وآله وسلم - وخبره (٦) الثالث لا يبعد صحته - عن ابي عبدالله عليه السلام ما للنساء والتخيير انما ذلك شيء خص الله به نبيه صلى الله عليه وآله وسلم ونحوها غيرها .

وبازاء هذه النصوص اخبار كثيرة تدل على وقوع الطلاق به كصحيح (٧) محمد ابن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام اذا خيرها وجعل امرها بيدها في قبل عدتها من غير ان يشهد شاهدين فليس بشيء وان خيرها وجعل امرها بيدها بشهادة شاهدين في قبل عدتها فهي بالخيار مالم يتفرقا فـان اختارت نفسهـا فهي واحدة وهو احق برجعتها وان اختارت زوجها فليس بطلاق - وصحيح (٨) الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام في الرجل يخير أمرأته او اباها اواخاها او وليها فقـال كلهم بمنزلة واحدة اذا رضيت - وصحيح (٩) الفضيل بن يسار عنه عليه السلام عن رجل قال لامرئته قد جعلت الخيار اليك

---

(١) الوسائل باب ٤٢ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١

(٢-٣-٤-٥-٦-٧-٨-٩) الوسائل - باب ٤١ -من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٥ ٤-١- ٣-١٣-١٤-١٦-١٧

فاختارت نفسها قبل ان تقوم قال عليه السلام يجوز ذلك عليه الحديث ـ وخبر (١) زرارة عن الباقر عليه السلام قال قلت له رجل خير امرأته قال عليه السلام انما الخيار لها ماداما في مجلسهما فاذا افترقا فلا خيار لها ـ الى غير تلكم من النصوص ـ وفيها صحاح وموثقات وحملها على ارادة الوكالة ـ او على مالو طلقها الزوج بعد الخيار ـ او الاختصاص بالنبي صلى الله عليه وآله وسلم وماشا كل خلاف ظاهرها بل خلاف صريح جملة منها .

ولكنها لولم تسقط باعراض الاصحاب عن الحجية اذلم يقل بمضمونها الا ابن الجنيد وابن ابي عقيل ـ اذ السيد المرتضى وان نسب اليه ذلك الا ان صاحب الجواهر بعد ماراجع الانتصار قال انه لايقول به واما الصدوق فغاية ماهناك انه روى مايدل على ذلك وقد رجع عما ذكره في اول كتابه من انه لايروى فيه الامايعمل به كمالايخفى على المتصفح له فلم يبق الا العلمان ولايوجب عملهما بها عدم تحقق الاعراض الموهن كمالايخفى ـ لاريب في سقوطها عند تعارضها مع النصوص المتقدمة ـ لانها اشهر والشهرة اول المرجحات ولايرجع الى غيرها معها (فما) عن المسالك من ان هذه النصوص اكثر واوضح سندا واظهر دلالة فان فيها على كثرتها الصحيح والحسن والموثق وليس فيها ضعيف بخلاف اخبار المنع فان فيها الضعيف و المرسل والمجهول فتقدم (في غير محله) فان الترجيح بصفات الراوى انما هو في المرتبة المتاخرة عن الترجيح بالشهرة فما هو المشهور اظهر .

ثم انه على القول بوقوعه به ـ لابد من اتصال الاختيار بالتخيير عرفا الذى عبر عنه في النصوص بثبوت الخيار ماداما في المجلس او قبل ان يقوم وماشا كل وان كان احدهما غير الاخر ولعل النسبة بينهما عموم من وجه وقد جعل صاحب الجواهر هذا موهنا آخر لتلك النصوص فتامل .

وهل الفراق الحاصل به فراق رجعي او بائن قولان يشهد لكل منهما جملة من النصوص راجعها ـ والجمع بينها بحمل مادل على انه بائن على ارادة مالو كان

---

(١) الوسائل باب ٤١ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ـ ١٢

بعوض وحمل مادل على انه رجعى بما لو كان بغير عوض- جمع تبرعى لاشاهد به وان ذكره ابن الجنيد وقال الشهيد الثانى وفيه جمع بين الاخبار- كما ان الجمع بينهما بحمل البائن على تخيير من لاعدة لها كغير المدخول بها واليائسة - والرجعى على من له عدة رجعية لان التخيير جائز للجميع- تبرعى ليس فى الاخبار مايشهد به والعرف لايساعده-وان قال الشهيد ره انه ممكن - فالاخبار متعارضة ولاترجيح مع شيء منها - فليحكم بالتخيير فى المسألة الاصولية - او يجعل ذلك ايضاً احد الموهنات- ثم انه يعتبر فى هذا التخيير ما يعتبر فى الطلاق من عدم كونه فى الحيض و وقوعه فى طهر غير المواقعة وحضور العدلين - للتصريح بذلك فى النصوص - وقد ذكروا فروعا كثيرة فرعوها على وقوع الفرقة بالتخيير وحيث عرفت فساد اصل القول به فلاوجه لاطالة الكلام فيها على انه يظهر حكمها مما ذكرناه.

فى الطلاق المعلق على الشرط

السادسة قد صرح الاصحاب من غير خلاف يعرف انه يشترط فيما يطلق به من الصيغة ان يكون ﴿مجردا عن الشرط﴾ وهو ما امكن وقوعه وعدمه كقدوم المسافر ﴿والصفة﴾ وهى ماقطع بحصوله عادة كطلوع الشمس وزوالها - وقد اشبعنا الكلام فى صور التعليق وما استدل به على اعتبار التنجيز فى العقود و الايقاعات مطلقا- من منافاته للجزم المعتبر فى الانشاء- وان الاسباب الشرعية توقيفية لابد فيها من الاقتصار على المتيقن وهو الخالى عن التعليق- وانه يلزم تخلف المنشأ عن الانشاء -والانصراف وغيرها- والجواب عنها- فى كتاب النكاح فلانعيد وعرفت عدم تمامية شيء منها سوى الاجماع -والمتيقن من معقده مما اذا كان الشرط مشكوك الحصول ولم يكن ممايتوقف عليه صحة العقد كالزوجية بالنسبة الى الطلاق.

وقد استدل على مبطلية التعليق فى المقام بوجوه اخر (منها) ان ظاهر ادلة الحصر فى قول انت طالق عدم سببية الصيغة المشتملة على التعليق و لو الصورى (وفيه)

ان تلك الادلة تدل على وقوع الطلاق بهذه الجملة و مقتضى اطلاقها وقوعه بها انضم اليها شيء اخرام لافانها لاتدل على كون الصيغة هي هذه الجملة بشرط عدم الانضمام ولذا صرح الاصحاب بصحة الطلاق لو انضم اليها ضمائم من قبيل اعدل طلاق او اكمله او احسنه او اقبحه او اخسه او ارداه او ملاء الدنيا وما شاكل.

ومنها بعض النصوص كصحيح (١) الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام انه سئل عن رجل قال لامرأته ان تزوجت عليك اوبت عنك فانت طالق فقال ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال من شرط شرطا سوى كتاب الله عزوجل لم يجز ذلك عليه ولاله - ونحوه غيره (وفيه) ان هذه النصوص في مقام بيان حكم الشرط ولا نظر له الى الطلاق و تدل على ان هذه الشروط شروط مخالفة للكتاب و السنة و قد تقدم الكلام فيها في كتاب النكاح.

ومنها الاجماع الذي ادعاه جماعة - وهو تام - لكنه يختص بما اذا شرط شرطاً لايعلم تحققه - والا كما لو قال انت طالق في هذه الساعة ان كان الطلاق يقع بك وهو يعلم وقوعه بها - فلااجماع على مبطلية مثل هذا التعليق كيف وقد افتى جماعة منهم المصنف ره والمحقق وغيرهما بصحة الطلاق في الفرض - بل يختص بما اذا لم يكن الشرط مما يتوقف صحة العقد عليه والا كما في الزوجية بالنسبة الى الطلاق فلا دليل ولااجماع على عدم صحة الطلاق وان لم يعلم حصول الشرط - كما لو قال ان كنت زوجتي فانت طالق وهو لايعلم بالزوجية - لذهاب جماعة الى الصحة - والله تعالى اعلم - ولو قال انت طالق لرضى امي - فان عنى الشرط بمعنى ان رضيت وقصده بطل الطلاق للتعليق وان عنى به الداعي صح - وكذا لو قال ان دخلت الدار بكسر الهمزة لم يصح وان فتحها صح ان عرف الفرق وقصده - فانه على الاول من قبيل التعليق وعلى الثاني من قبيل التعليل.

---

(١) الوسائل باب ١٨ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١

حكم تفسير الطلقة باثنتين او الثلاث

السابعة اختلف الاصحاب فيما لو فسر الطلاق باثنين او ثلاثة ـ كان قال انت طالق طلقتين اوثلاثا ـ بعد اتفاقهم على عدم وقوع اكثرمن طلقة واحدة ـ فى انه هل يقع بها طلقة واحدة ـ ام يبطل الطلاق من اصله ـ والى الاول ذهب الشيخ فى محكى النهاية والسيد المرتضى فى احد قوليه والحلى والمصنف ره والمحقق و فى الحدائق والظاهر انه هو المشهور سيما بين المتاخرين ـ وفى الرياض بل ربما اشعر بالاجماع عليه عبارة الناصرية وصرح به فى نهج الحق شيخنا العلامة ـ ونسب الثانى الى المرتضى فى الانتصار وان لم يتحققه صاحب الجواهر ـ و ابنى ابى عقيل و حمزة وسلار ويحيى بن سعيد ـ والاصل فى هذا الاختلاف اختلاف الاخبار.

ويدل على الاول جملة من النصوص ـ كصحيح (١) ابى بصير ومحمد بن على الحلبى وعمر بن حنظلة جميعاً عن ابى عبدالله عليه السلام قال الطلاق ثلاثا فى غير عدة ان كانت على طهر فواحدة وان لم تكن على طهر فليس بشىء ـ قوله فى غير عدة اى اذا لم يكن للعدة بان يرجع فى العدة و يجامع ـ وصحيح (٢) زرارة عن احدهما عليهما السلام عن رجل طلق امرأته ثلاثا فى مجلس واحد وهى طاهر قال عليه السلام هى واحدة ونحوه خبره (٣) الاخر ـ وخبر (٤) عمرو بن البراء قلت لابى عبدالله عليه السلام ان اصحابنا يقولون ان الرجل اذا طلق امرأته مرة اومائة مرة فانما هى واحدة وقد كان يبلغنا عنك وعن آبائك انهم كانوا يقولون اذا طلق مرة اومائة مرة فانما هى واحدة فقال عليه السلام هو كما بلغكم ـ وخبر (٥) ابى محمد الوابشى عنه عليه السلام فى رجل ولى امرأته رجلا و امره ان يطلقها على السنة فطلقها ثلاثاً فى مقعد واحد قال عليه السلام يرد الى السنة فاذا مضت ثلاثة اشهر اوثلاثة قروء فقد بانت بواحدة ـ وصحيح (٦) اسماعيل بن عبد

(١ـ٢ ـ٣ـ٤ـ٥ـ٦) الوسائل باب ٢٩ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١ـ٢ ـ١١ ١٨ـ١٣ـ٧

الخالق قال سمعت ابا الحسن عليه السلام وهو يقول طلق عبدالله بن عمر امرأته ثلاثا فجعلها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم واحدة فردها الى الكتاب والسنة ـ وصحيح (١) شهاب بن عبد ربه عن ابى عبدالله عليه السلام فى حديث قال قلت فطلقها ثلاثاً فى مقعد قال ترد الى السنة فاذا مضت ثلاثة اشهر او ثلاثة قروء فقد بانت منه بواحدة الى غير تلكم من النصوص المتضمنة لهذا المضمون .

ثم انه حيث يكون الطلاق ثلاثاً فى مجلس واحد على نحوين ـ احدهما ـ ان يقول انت طالق ثلاثاً والاخر ان يطلقها ثلاث مرات لكل واحد مرة ـ والثانى لاخلاف فيه واتفقوا على انه يقع واحدة منها ويبطل الثانى والثالث ومحل النزاع هو الاول فقد وقع الخلاف فى ان ظاهر هذه النصوص هل هو ارادة القسم الثانى كما اصر عليه السيد فى مداركه على ما حكى ـ ام يكون ظاهرها ارادة القسم الاول لا بالاطلاق بل بالنصوصية كما افاده بعض الاساطين فى آخر كلامه ـ ام تكون مطلقة شاملة لكلا القسمين فتصلح لان تقيد لو كان هناك مقيد كما افاده الشهيد الثانى و صاحب الجواهر وغيرهما.

فقد استدل سيد المدارك ره لما ذهب اليه بان المتبادر من قوله طلق ثلاثا انه اوقع الطلاق بثلاث صيغ اذ لا يصدق على من قال سبحان الله عشراً ـ انه سبح الله عشر مرات و قد ذكر ذلك ايرادا على ما افاده جده فى وجه الشمول لكلا القسمين ـ بان من من صيغ العموم فيتناول من طلق ثلاثا مرسلة و بثلاثة الفاظ وقد حكم على هذا العام بوقوع واحدة فيتناول بعمومه موضع النزاع كما هو شان كل عام ـ وافيد فى وجه ارادة القسم المتنازع فيه وهو الثلاث المرسلة منهـا بفهم الاصحاب ذلك من تلكم النصوص ولذا استدل بعض اصحابنا القائل بالقول الثانى بالاخبار الاتية المشابهة اكثرها لهذه المعتبرة فى تادية الثلاث المرسلة بتلك العبارة ولم يجب عنها الاصحاب بتلك المناقشة بل ردوها بمناقشات اخر وهذه امارة واضحة وشهادة بينة على اتفاقهم

(١) الوسائل باب ٢٩ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٤

على فهم الثلاث المرسلة من تلك العبارة ولاقرينة على وضوح الدلالة اوضح واضح من فهم علماء الطائفة ويعضده ان الثلاث المرسلة مما وقع التشاجر فى حكمها بين العامة والخاصة و كثرة الا سئولة فيها والاجوبة .

اقول ماذكر اخيراً لايصلح وجها للاطلاق فضلا عن النصوصية فان الكلام اذا كان ظاهراً فى نفسه فى معنى خاص والاصحاب فهموا منه الاطلاق لايكون فهمهم حجة علينا ـ سيما و نعلم عدم ظفرهم بقرينة خفيت علينا ـ كما ان وقوع التشاجر فى حكم قسم خاص لايصلح قرينة على ارادته من لفظ ظاهر فى قسم آخر ـ واما ما افاده الشهيد فى وجه الاطلاق بان من من صيغ العموم الخ فيرده ان عموم من بلحاظ المطلق وهو يشمل كل مطلق لا بلحـاظ الطلاق ليشمل المرسلة وغيرها ـ فما افاده سيد المدارك قوى ويعضده التقييد فى كثير من تلك النصوص ـ بقولهم فى مقعـد او فى مجلس واحد وما شاكل ذلك اذلو كان المراد الثلاث المرسلة كان هذا القيد مستغنى عنه و لغواً ـ نعم من جملة تلكم النصوص خبر (١) الكلبى النسابة عن الصادق (ع) فى حديث ـ فقلت رجل قال لامرأته انت طالق ثلاثا فقال عليه السلام: ترد الى كتاب الله وسنة نبيه ـ ولكنه لايدل على وقوع الواحدة لان الرد الى كتاب الله والسنة وان اطلق فى جملة من النصوص فى مورد ارادة وقوع الوحدة ـ ولكن اطلق فى جملة اخرى منها على عدم الوقوع اصلا .

و يدل على القول الثانى مكاتبة (٢) عبدالله بن محمد الى ابى الحسن (ع) روى اصحابنا عن ابى عبدالله (ع) فى الرجل يطلق امرأته ثلاثا بكلمة واحدة على طهر بغير جماع بشاهدين انه يلزمه تطليقة واحدة فوقع (ع) اخطأوا على ابى عبدالله لايلزمه الطلاق و يرد الى الكتاب والسنة انشاء الله ـ وهذه المكاتبة قرينة اخرى لعدم شمول تلك النصوص للثلاث المرسلة ـ اذلو كانت شاملة لها لما كان وجه لتخطئة النسبة الى ابى عبدالله (ع) مع ان اكثر تلك النصوص مروية عنه عليه السلام ـ واما النصوص

(١-٢) الوسائل باب ٢٩ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١٩-٥

الكثيرة الدالة على ان من طلق ثلاثا فليس بشيء التى استدل بها للقول الثانى-فهى ايضا مختصة بغير المرسلة ويتعين حملها على ارادة عدم وقوع الثلاث لاعدم وقوع واحدة منها الذى هو المتفق عليه- ففى خبر(١) ابى بصير عن الصادق عليه السلام من طلق ثلاثاً فى مجلس فليس بشيء من خالف كتاب الله عزوجل رد الى كتاب الله عزوجل و ذكر طلاق ابن عمر- وفى الوسائل - بعد نقل هذا الخبر ويجوز حمله على انه ليس بشيء فى وقوع الثلاث بل تقع واحدة قاله الشيخ ره.

ويؤيده خبر (٢) هارون بن خارجة عن ابى عبدالله عليه السلام المروى عن كتاب الخرائج قال قلت انى ابتليت فطلقت اهلى ثلاثاً فى دفعة فسئلت اصحابنا فقالوا ليس بشيء الا ان المرئة تقول لاارضى حتى تسئل اباعبدالله عليه السلام فقال ارجع الى اهلك فليس عليك شيء- الظاهر فى ارادة الرجوع الكاشف عن وقوع طلاق واحد- قوله فى دفعة اى فى مجلس واحد.

واما النصوص (٣) المتضمنة لقولهم اياكم والمطلقات ثلاثا فى مجلس واحد فانهن ذوات ازواج التى استدل بها له ايضاً - فالظاهر كونها غير دالة عليه- بل هى فى المطلقات من العامة اللاتى يكون طلاقهن فاقد الما يعتبر فى الطلاق من عدم وقوعه فى الحيض وحضور العدلين - ويؤيده موثق(٤) حفص عن الصادق عليه السلام اياكم والمطلقات ثلاثا فانهن ذوات ازواج- غير المقيد بمجلس واحد - و عليه فيعارضها النصوص الاتية الدالة على صحة الطلقات الزاما لهم بمايعتقدونه وتحمل على الكراهة كما يشهد به بعض النصوص وانتظر لذلك زيادة توضيح - فالمتحصل - مما ذكرناه توافق هذه النصوص على انه لوطلق امرئته ثلاثاً بثلاثة الفاظ فى مجلس واحد يقع واحد منها ويبطل الاثنان كماصرح بذلك فى خبر(٥) اسحاق بن عمار الصيرفى وانها غير متعرضة للثلاث المرسلة- فلابد فى حكمها من الرجوع الى القاعدة.

و هى تقتضى البناء على وقوع الواحدة اذا قصد الطلاق الصحيح و هو وقوع

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل باب٢٩ من ابواب العدد حديث ١-٢٩-٠-٢١-١٥

الواحدة والبطلان اذا قصد بها الطلاق البدعى على وجه اراد من الطلاق فى الصيغة ذلك - الذى جعله صاحب الجواهر ره جمعا بين النصوص على فرض شمولها للثلاث المرسلة - اما البطلان فى الصورة الثانية فلعدم قصد الطلاق الصحيح - فتامل - واما الصحة فى الصورة الاولى - فلما افاده المصنف ره فى محكى المختلف قال لوجود المقتضى وهو قوله انت طالق وانتفاء المانع اذ ليس الا قوله ثلاثا وهو غير معارض لانه مؤكد لكثرة الطلاق وايقاعه و تكثير سبب البينونة والواحدة موجودة فى الثلاث لتركها منها ومن وحدتين اخرتين ولا منافاة بين الكل وجزئه فيكون المقتضى وهو الجزء خاليا عن المعارض انتهى - و بالجملة - اذا قصد الطلاق بقوله انت طالق يقع به وذكر ثلاثا بعده لغو وضميمة غير مضرة لوقوعها بعد تحقق الطلاق الصحيح قصدا وانشاءً - و تكون ح كساير الضمائم - ولا يبعد القول بالصحة حتى فى الصورة الاولى لعدم الدليل على اعتبار قيد الوحدة فى النية بل غايته الدلالة على كون ما زاد عليها بدعة

اذا كان المطلق مخالفا يعتقد الثلاث لزمته

هذا كله اذا كان المطلق مؤمنا - و اما ان كان مخالفا - فالمشهور بين الاصحاب صحة الطلقات الثلاث و لزومها عليه - بل و صحة الطلاق الفاقد للشرائط التى تكون معتبرة عندنا ولا يعتبرونها كعدم الوقوع فى الحيض وحضور العدلين - بل ادعى على ذلك كله جماعة الاجماع ويشهد بها طائفتان من النصوص .

الاولى - ما يدل على الزامهم فى الاحكام بما يلزمون به انفسهم كصحيح (١) محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام قال سئلته عن الاحكام قال (ع) تجوز على اهل كل ذوى دين ما يستحلون - وخبر (٢) محمد بن اسماعيل بن بزيع قال سئلت الرضا (ع) عن ميت ترك امه واخوة واخوات فقسم هؤلاء ميراثه فاعطوا الام السدس واعطوا الاخوة

(١-٢) الوسائل باب ٤ من ابواب ميراث الاخوة والاجداد حديث ٤-٦

والاخوات مابقى فمات الاخوات فاصابنى من ميراثها فاحببت ان اسألك هل يجوز لى ان آخذ ما اصابنى من ميراثها على هذه القسمة ام لافقال (ع) بلى فقلت ان ام الميت فيما بلغنى قد دخلت فى هذا الامر اعنى الدين فسكت قليلا ثم قال خذه- وخبر(١) ايوب بن نوح قال كتبت الى ابى الحسن (ع) اسأله هل ناخذ فى احكام المخالفين ما ياخذون منا فى احكامهم ام لا فكتب عليه السلام يجوز لكم ذلك اذا كان مذهبكم فيه التقية منهم والمداراة- وصحيح(٢) ابن ابى عمير عن ابن اذينة عن عبدالله بن محرز قال قلت لابى عبدالله (ع) رجل ترك ابنته واخته لابيه و امه فقال المال كله لابنته و ليس للاخت من الاب والام شيء فقلت فانا قد احتجنا الى هذا والميت رجل من هؤلاء الناس واخته مؤمنة عارفة قال (ع) فخذلها النصف خذوا منهم كما ياخذون منكم فى سنتهم وقضاياهم قال ابن اذينة فذكرت ذلك لزرارة فقال ان على ماجاء به ابن محرز لنورا- ونحوها غيرها.

الثانية مايدل على خصوص المقام كخبر(٣) على بن ابى حمزة انه سأل اباالحسن عليه السلام عن المطلقة على غير السنة ايتزوجها الرجل فقال عليه السلام الزموهم من ذلك ما الزموه انفسهم وتزوجوهن فلاباس بذلك- وخبر(٤) عبدالاعلى عن ابى عبدالله عليه السلام عن الرجل يطلق امرأته ثلاثا قال عليه السلام ان كان مستخفا بالطلاق الزمته ذلك-وخبر(٥) عبدالله بن سنان قال سالته عن رجل طلق امرأته لغير عدة ثم امسك عنها حتى انقضت عدتها هل يصلح لى ان اتزوجها قال عليه السلام نعم لاتترك المرئة بغير زوج -وخبر(٦) عبدالرحمان البصرى عن ابى عبدالله عليه السلام عن المرئة طلقت على غير السنة فقال عليه السلام يتزوج هذه المرئة لاتترك بغير زوج -وصحيح(٧) الهمدانى قال كتبت الى ابى جعفر الثانى عليه السلام مع بعض اصحابنا فاتانى الجواب بخطه فهمت ماذكرت من امر ابنتك وزوجها الى ان قال -ومن حنثه بطلاقها غير مرة فانظر فان كان ممن يتولانا ويقول

(١-٢) الوسائل باب٤ من ابواب ميراث الاخوة والاجداد حديث ١.٣

(٣-٤-٥-٦-٧) الوسائل باب ٣٠ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٥-٧-٤-٣-

بقولنا فلاظلام عليه لانه لم يات امراجهله - وان كان ممن لايتوالانا ولايقول بقولنا فاختلعها منه فانه انما نوى الفراق بعينه ونحوها غيرها .

وقد يقال انه يعارض هذه النصوص طوائف من الاخبار (الاولى) النصوص المتقدمة المتضمنة لقولهم اياكم والمطلقات ثلاثا في مجلس واحد فانهن ذوات ازواج (الثانية) النصوص الدالة على ان المرئة اذا طلقت على غير السنة واراد الرجل تزويجها انتظر طهرها واتى بشاهدين معه فسأل زوجها اهل طلقت فلانة فاذا قال نعم كانت تطليقة واعتدت لها فاذا خرجت من العدة جاز تزويجها - كموثقي(١) حفص بن البختري وموثق (٢) اسحاق بن عمار (الثالثة) صحيح (٣) شعيب بن الحداد قال قلت لابي عبدالله عليه السلام رجل من مواليك يقرئك السلام و قد اراد ان يتزوج امرئة وقد وافقته واعجبه بعض شانها وقد كان لها زوج فطلقها على غير السنة وقد كره ان يقدم على تزويجها حتى يستامرك فتكون انت تامره فقال ابوعبدالله عليه السلام هو الفرج وامر الفرج شديد ومنه يكون الولد ونحن نحتاط فلايتزوجها .

اقول اما الطائفة الاولى - فهي محموله على الاولوية جمعا كما يفصح عن ذلك خبر(٤) جعفر بن سماعة انه سئل عن امرأة طلقت على غير السنة الي ان اتزوجها فقال نعم فقلت له الست تعلم ان علي بن حنظلة روى - اياكم والمطلقات ثلاثا على غير السنة فانهن ذوات ازواج فقال يابني رواية علي بن ابي حمزة اوسع على الناس روى عن ابي الحسن عليه السلام انه قال الزموهم من ذلك ما الزموه انفسهم و تزوجوهن فلاباس بذلك -وبه يظهر حال الطائفة الثانية فانه يجب حملها على ارادة الافضلية جمعا بينها وبين ماتقدم -واما الثالثة فهي بنفسها ظاهرة في كون المنع على وجه الاستحباب والافضلية فضلا عن اقتضاء الجمع ذلك -ثم ان اطلاق النص و كلام الاصحاب يقتضي عدم

(١-٢) الوسائل باب ٣١ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١-٢

(٣) الوسائل باب ١٥٧ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه حديث ١

(٤) الوسائل باب ٣٠ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٦

الفرق بين كون المطلقة مؤمنة اومخالفة - بل الظاهر ان خبر ابراهيم في خصوص المؤمنة - فما عن بعض من احتمال الفرق في غير محله .

في الاشهاد

الركن الرابع في الاشهاد - وقد اتفق النص والفتوى على اعتبار الاشهاد في صحة الطلاق وانه لابد من حضور شاهدين حال انشاء الطلاق ولو تجرد عنهما بطل - وبذلك استفاض اخبارنا كصحيح(١)- الفضلاء اوحسنهم عن الصادقين عليهما السلام في حديث وان طلقها في استقبال عدتها طاهرا من غير جماع ولم يشهد على ذلك رجلين عدلين فليس طلاقه اياها بطلاق - وحسن(٢) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال قام رجل الى امير المؤمنين عليه السلام فقال اني طلقت امرأتي للعدة بغير شهود فقال ليس طلاقك بطلاق فارجع الى اهلك- وحسن(٣) البزنطي عن ابي الحسن عليه السلام في حديث قال قلت فكيف طلاق السنة فقال يطلقها اذا طهرت من حيضها قبل ان يغشيها بشاهدين عدلين كما قال الله عزوجل في كتابه و نحوها غيرها من النصوص الكثيرة - وتمام الكلام بالبحث في جهات .

الاولى - لابد من اجتماع شاهدين فلايجزي لو كانا متفرقين - و يشهد به - صحيح(٤) ابن بزيع عن الرضا عليه السلام عن تفريق الشاهدين في الطلاق - فقال نعم وتعتد من اول الشاهدين - وقال لايجوز حتى يشهدا جميعا وصدر الخبر سيق لبيان جواز تفريق الشاهدين في اداء الشهادة ولذا قال وتعتد من اول الشاهدين وذيله لبيان حكم الحضور وصحيح (٥) البزنطي عن ابي الحسن عليه السلام عن رجل طلق امرأته على طهر من غير جماع و اشهد اليوم رجلا ثم مكث خمسة ايام ثم اشهد اخر فقال عليه السلام انما امران يشهدا جميعا- مع ان ظاهر النصوص اعتبار حضورهما عند انشاء الطلاق وهذا يلازم عدم التفريق

(١-٢-٣) الوسائل باب ١٠ من ابواب مقدمات الطلاق حديث٣-٩-٤.

(٤-٥) الوسائل باب ٢٠ من ابواب مقدمات الطلاق حديث٢-١

الثانية - يعتبر في الشاهدين الرجولية ولايكفي حضور النساء ويشهد به حسن (١) البزنطي قال للرضا عليه السلام فان طلق على طهر من غير جماع بشاهد وامرأتين قال عليه السلام لاتجوز شهادة النساء في الطلاق و تجوز شهادتهن مع غيرهن في الدم اذا حضرنه - وصحيح (٢) الحلبي عن الصادق عليه السلام عن شهادة النساء في النكاح قال تجوز اذا كان معهن رجل و كان علي (ع) يقول لااجيزها في الطلاق الحديث - وخبر (٣) داود بن الحصين عنه (ع) عن شهادة النساء في النكاح بلا رجل معهن - قال (ع) لاباس به الى ان قال ان الله امر في الطلاق بشهادة رجلين عدلين - الى ان قال و كان امير المؤمنين (ع) يجيز شهادة المرئتين في النكاح عند الانكار ولايجيز في الطلاق الاشاهدين عدلين الحديث - وخبر (٤) ابن مسلم قدم رجل الى امير المؤمنين (ع) بالكوفة فقال اني طلقت امرئتي بعدما طهرت من محيضها قبل ان اجامعها فقال امير المؤمنين (ع) اشهدت رجلين ذوي عدل كما امر الله - فقال لا - فقال (ع) اذهب فان طلاقك ليس بشيء - و نحوها غيرها - فما عن الشيخ في المبسوط والعماني والاسكافي من قبول شهادتهن مع الرجال محمول على ثبوته بذلك بعد ايقاعه بشهادة الذكرين - وان كان في ذلك ايضا كلام - ولكن الغرض بيان عدم المخالف في المسألة.

الثالثة - لايعتبر الاستدعاء من الشاهدين بل يكفي سماعهما سواء قال لهما اشهدا اولم يقل - بلاخلاف - ولذا قال المصنف ره ﴿ويشترط سماع رجلين عدلين﴾ لعدم توقف صدق شهادتهما ولااشهادهما على ذلك اضف اليه - حسن (٥) البزنطي عن ابي الحسن (ع) عن رجل كانت له امرأة طهرت من محيضها فجاء الى جماعة فقال فلانة طالق يقع عليها الطلاق ولم يقل اشهدوا قال (ع) نعم - وحسن (٦) صفوان عن الرضا (ع) عن رجل طهرت امرأته من حيضها فقال فلانة طالق و قوم يسمعون كلامه ولم يقل لهم

(١-٤) الوسائل باب ١٠ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٤-٧

(٢-٣) الوسائل باب ٢٤ من كتاب الشهادات حديث ٢-٣٥

(٥-٦) الوسائل باب ٢١ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١-٢

اشهدوا يقع الطلاق عليها قال (ع) نعم هذه شهادة ونحوهما غيرهما .

وهل يكفى سماعهما ولو من وراء الجدار ام يعتبر حضورهما مجلس الانشاء قد يقال ان ظاهر الامر بالاشهاد فى الاية وغيرها قصد ايقاع الطلاق بحضورهما فلو طلق من دونه لم يصح - وحسن صفوان لااطلاق له كى يدل على كفاية السماع مطلقا اللهم الا ان يستدل بترك الاستفصال فى السؤال ولا بأس به - والاحتياط سبيل النجاة

يعتبر العدالة فى الشاهدين

الرابعة المشهور بين الاصحاب اعتبار كون الشاهدين عادلين فلا يكفى شهادة فاسقين اوعدل وفاسق - وعن الشيخ فى النهاية الاكتفاء بمجرد الاسلام - و تبعه القطب الراوندى والشهيد الثانى وسبطه والمحدث الكاشانى - اقول لايبعد ان يكون نظر الشيخ والقطب والمحدث الكاشانى - الى ما ذكر فى مبحث العدالة من ان الاسلام مع عدم ظهور الفسق - من طرق معرفة العدالة .

و كيف كان فيشهد للاول النصوص الكثيرة المتقدمة جملة منها المصرحة باعتبار حضور عدلين - وليس بازاء تلك شيء سوى دعوى كون الاسلام مع عدم ظهور الفسق من طرق معرفة العدالة - وهذا مضافاً الى انه لاينافى القول المشهور باطل - كما حققناه فى محله - وحسن (١) البزنطى عن ابى الحسن عليه السلام فى حديث قلت فان اشهد رجلين ناصبيين على الطلاق ايكون طلاقاً فقال عليه السلام من ولد على الفطرة اجيزت شهادته على الطلاق بعد ان يعرف منه خير - وصحيح (٢) عبدالله بن المغيرة قلت لابى الحسن الرضا عليه السلام رجل طلق امرأته واشهد شاهدين ناصبيين قال عليه السلام كل من ولد على الفطرة وعرف بالصلاح فى نفسه جازت شهادته

---

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٤

(٢) الوسائل باب ١٠ من كتاب الشهادات حديث ٥

وقد استدل بالاول منهما الشهید الثانی ره و قال هذه الروایة واضحة الاسناد والدلالة علی الاكتفاء بشهادة المسلم فی الطلاق ولا یرد ان قوله بعد ان یعرف منه خیر ینافی ذلك لان الخیر قد یعرف من المؤمن وغیره وهو نكرة فی سیاق الاثبات لایقتضی العموم فلا ینافیه مع معرفة الخیر منه بالذی اظهر من الشهادتین والصلاة والصیام و غیرها من اركان الاسلام ان یعلم منه ما یخالف الاعتقاد الصحیح لصدق معرفة الخیر معه ـ وفی الخبر مع تصدیره باشتراط شهادة عدلین ثم اكتفائه بما ذكر تنبیه علی ان العدالة هی الاسلام واذا اضیف الی ذلك ان لا یظهر الفسق كان اولی انتهی. قال سبطه بعد نقل ذلك عنه وهو جید والروایة الاولی (مراده بها صحیح عبدالله) مع صحتها دالة علی ذلك ایضاً فان الظاهر ان التعریف فی قوله فیها وعرف بالصلاح فی نفسه للجنس لا للاستغراق وهاتان الروایتان مع صحتهما سالمتان عن المعارض فیتجه العمل بهما انتهی.

ولكن یرد علیهما ـ اولا ـ انهما فی ناصبیین ولاخلاف بیننا فی ان الناصب كافر ونجس بل انجس من الكلب ـ وثانیاً ـ ان الاول بقرینة صدره الدال علی اعتبار العدالة یعارضه النصوص المفسرة للعدالة بغیر ذلك ـ والثانی باعتبار قوله جازت شهادته یعارضه النصوص الدالة علی عدم قبول شهادة الفاسق ـ وثالثاً ـ ان قوله عرف بالصلاح ـ ویعرف منه خیر ـ یراد بهما حسن الظاهر فانه بعد ما لیس المراد منهما ما عرف منه خیر وصلاح فی الجملة وان كان معلنا بالفسق اتفاقا فلا محالة ارید بهما معنی خاص و لیس الا الایمان وحسن الظاهر والجواب وان لم ینطبق علی السؤال ولكن الظاهر كونه من جهة التقیة ـ وبعبارة اخری انه علیه السلام فی مقام الجواب بین حكما كلیا واقعیا ویفهمه المؤمن ـ ویراه المخالف ایضا مطابقا للسؤال ـ نظیر ما تقدم فی روایات من طلق ثلاثا فی مجلس واحد ـ وهو ـ صحیح(۱) البزنطی عن ابی الحسن علیه السلام قال سئله رجل وانا حاضر عن رجل طلق امرأته ثلاثا فی مجلس واحد فقال ابو الحسن علیه السلام

---

(۱) الوسائل باب ۳ من ابواب اقسام الطلاق حدیث ۳

من طلق امرأته ثلاثا للسنة فقد بانت منه ـ قال ثم التفت الى فقال فلان لاتحسن ان يقول مثل هذا ـ اى ان تجيب بالحكم الواقعى مع كونه موافقا لمراد السائل ويعتقد انك اجبته بمقتضى اعتقاده الفاسد ـ ورابعا ـ ان النصوص متفقة على انه ليس فى المخالف خير وصلاح اصلا وان عبادتهم باسرها فاسدة وانها صورة عبادة لاتجدى اصلا ـ وخامساً مع الاغماض عن جميع ذلك اعراض الاصحاب عنهما يسقطهما عن الحجية فلااشكال فى اعتبار العدالة فى الشاهدين.

لا يعتبر فى الشهادة على الطلاق العلم بالمطلقة

الخامسة قال سيد المدارك انه يعتبر فى الشهادة على الطلاق العلم بالمطلقة على وجه يشهد العدلان بوقوع طلاقها ونسب ذلك الى الشيخ فى النهاية ـ واستدل له بان النص والفتوى متطابقان على اعتبار الاشهاد و مجرد سماع صيغة لا يعرف قائلها لا يسمى اشهاداً قطعا ـ وبما (١) رواه الكلينى عن محمد بن احمد بن مطهر قال كتبت الى ابى الحسن صاحب العسكر عليه السلام انى تزوجت اربع نسوة لم اسئل عن اسمائهن ثم اريد طلاق احديهن وتزويج امرأة اخرى فكتب عليه السلام انظر الى علامة ان كانت بواحدة منهن فتقول اشهدوا ان فلانة التى بها علامة كذا و كذاهى طالق ثم تزوج الاخرى اذا انقضت العدة ـ و قال فى ضمن كلامه ان ما اشتهر بين اهل زماننا من الاكتفاء بمجرد سماع العدلين صيغة الطلاق وان لم يعلما المطلق والمطلقة بوجه بعيد جداً بل الظاهر انه لااصل له فى المذهب.

واستدل غيره لهذا القول بحسن (٢) حمران عن ابى عبدالله عليه السلام لايكون خلع ولاتخيير ولامباراة الاعلى طهر من المرئة من غير جماع وشاهدين يعرفان الرجل ويريان ويعرفان المرئة ويحضران التخيير واقرار المرئة انها على طهر من غير جماع

---

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب مايحرم باستيفاء العدد حديث ٣

(٢) الوسائل باب ٢٣ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٢

يوم خيرها فقال له محمد بن مسلم ماقرار المرئة هيهنا قال يشهد الشاهد ان عليها بذلك للرجل حذار ان تاتى بعد فتدعى انه خيرها وهى طامث فيشهد ان عليها بما سمعا منها .

ولكن يرد على الوجه الاول ان الذى دلت عليه النصوص انما هو اعتبار حضور عدلين و سماعهما لصيغة الطلاق و اشهاد العدلين على الصيغة وليس لازم ذلك معرفة المطلق ولا المطلقة بوجه ـ بل النصوص المتقدمة الدالة على ان من يحضر مجلسا وفيه قوم يسمعون كلامه ويطلق امرأته من دون ان يشهدهم على ذلك يصح طلاقه دالة على عدم اعتبار العلم وكذا فى نصوص طلاق الغائب شهادة بذلك فان الغالب فى شهوده عدم المعرفة بالمطلقة وسيما اذا كانت الغيبة الى البلاد البعيدة ـ اضف الى ذلك كله السيرة القطعية المستمرة على ذلك فان المطلق يحضر المجلس ويطلق من دون ان يعرف الشهود المرئة بوجه ـ وصحيح(١) ابى بصير قال سالت ابا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج اربع نسوة فى عقدة واحدة اوقال فى مجلس واحد ومهورهن مختلفة قال عليه السلام جائز له ولهن قلت ارأيت ان هو خرج الى بعض البلدان فطلق واحدة من الاربع واشهد على طلاقها قوما من اهل تلك البلاد وهم لا يعرفون المرئة ثم تزوج امرأة من اهل تلك البلاد بعد انقضاء عدة تلك المطلقة ثم مات بعد ما دخل بها كيف يقسم ميراثه قال عليه السلام ان كان له ولد فان للمرئة التى تزوجها اخيرا من اهل تلك البلاد ربع ثمن ما ترك وان عرفت التى طلقت من الاربع بعينها ونسبها فلا شىء لها من الميراث وليس عليها العدة الى ان قال و ان لم تعرف التى طلقت من الاربع قسمن النسوة ثلاثة ارباع ثمن ما ترك بينهن جميعا وعليهن جميعا العدة ـ و هذه الرواية كما تراه صريحة فى عدم اعتبار العلم بالمطلقة بوجه ـ وعليه فلو قال زوجتى طالق من دون ان يعرفها الشهود و من دون ان يذكر اسمها صح الطلاق ـ بل يصح لو انشأ منشأ الطلاق بحضور عدلين من غير علم لهما بكونه وكيلا اوزوجا اووليا صح ـ و كذا

---

(١) الوسائل باب ٢٣ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ١

لو انشأه بمحضر ممن لايبصره ولا يعرفه لعمى او غيره فضلا عن معرفة المطلقة صح ايضاً - واما المكاتبة فهي لاتدل على اعتبار التعيين بل تدل على الاجتزاء بذلك وان لم يعرفها الشهود مثلا لو قال - ان امرأتي التي هي اقصر من البقية اواقل سنامنهن اوما شابه ذلك - تدل المكاتبة على صحة الطلاق - مع ان الشهود لايعرفونها فهي على خلاف المطلوب أدل - واما الحسن فهو اولا في غير الطلاق - وثانيا انه لوسلم دلالته على ذلك الجمع بينه وبين صحيح ابي بصير المؤيد بماعرفت يقتضي حمله على الاستحباب (فتحصل) مما ذكرناه انه لايعتبر علم الشهود بالمطلق ولا المطلقة.

وفي الحدائق والرياض اعتبار علمهم بها في الجملة ولو بالمعرفة باسمها او الاشارة قال في الرياض تحقيقا لفائدة الشهادة و التفاتا الى بعض المعتبره واشار بذلك الى المكاتبة المتقدمة واما صاحب الحدائق فلوضوح اعتبار ذلك عنده ارسله ارسال المسلمات ولم يذكر له وجها - اقول اما المكاتبة فقد عرفت حالها - و اما قوله تحقيقا لفائدة الشهادة - فيرد عليه ان مقتضى اطلاق الادلة اعتبار حضور عدلين عند انشاء الطلاق من غير اعتبار لاتصافهما بالشهادة على وجه يعتبر فيهما مايعتبر في الشهادة على غير ذلك من تشخيص المشهود عليه ونحوه ولذا يمكن ان يقال بكفاية حضور عدلين لايقبل شهادتهما على المطلق او المطلقة لامر لاينافي العدالة كالابوة او الخصومة وما شاكل - و كذا لو انشأه بمحضر ممن لايبصره لعمى صح الطلاق - فلايعتبر علمهما بها في الجملة ايضا.

اقسام الطلاق

❁الفصل الثاني في اقسامه وهو❁ ينقسم الى قسمين ❁بدعة❁ غير مشروعة ❁وسنة❁ مشروعة فيقال طلاق بدعي - وطلاق سني - والمراد بالبدعة مالايكون مشروعا لاما هو محرم بالحرمة النفسية كما فسر بذلك في جملة من الكلمات لانه لايكون حراما - الااذا علم بعدم مشروعيته واتى به بعنوان الشرعية فينطبق عليه ح عنوان التشريع المحرم بناء على ماهو الحق من سراية الحرمة التشريعية الى الفعل

الخارجي - والمراد بالسنة مايكون مشروعا سواء كان واجبا كطلاق المظاهر الذى يؤمر بعدالمدة بالفيىء اوالطلاق كما ستعرف انشاء الله تعالى-اومستحبا كالطلاق مع الشقاق و عدم العفة - او مكروها كالطلاق عند التيام الاخلاق - اومباحا كطلاق المخالفة وسيئة الخلق .

وكيف كان ﴿فالاول﴾ اى الطلاق البدعى - اصطلاحا ثلاث احدها ﴿ طلاق الحائض الحائل و النفساء مع حضور الزوج﴾ ان كان دخل بها بل ومع غيبته دون المدة المشترطة ﴿اوالمسترابة قبل ثلاثة اشهر﴾ وثانيها - طلاق الزوجة فى طهر قربها فيه مع عدم الغيبة اومطلقا مع ثبوت الوقوع فيه على خلاف قدمضى - ومع عدم الياس والصغر والحمل﴿و﴾ ثالثها ﴿الطلاق ثلاثا مرسلا﴾ مع اعتقاد وقوعها وقصد ذلك ﴿والكل باطل﴾ كمامر الكلام فى الجميع مفصلا فى الفصل السابق - ومحرم بعنوان الشرعية عند علمائنا-ثم ان الحصر فى الثلاثة ليس لبيان عدم بطلان الطلقات الفاسدة الاخر كالواقعة بدون الاشهاد - او بدون الصيغة المعتبرة وما شاكل -ولا لبيان عدم حرمة غيرها - بل مجرد اصطلاح وليس فيه مشاحة - لكن لاتكون القسمة ح حاصرة .

اقسام طلاق السنة

واما ﴿الثانى﴾ وهو الطلاق السنى - فقد قسمه المصنف ره فى المقام الى قسمين ﴿بائن ورجعى﴾ وظاهر ذيل كلامه ان الطلاق الرجعى ينقسم الى عدى وغيره كما فعله فى محكى الارشاد-وعن القواعد تقسيم الطلاق الشرعى الذى هو طلاق السنة بالمعنى الاعم الى طلاق عدة وسنة بالمعنى الاخص وهوان يطلق على الشرائط ثم يتركها حتى تخرج من العدة سواء كانت العدة رجعية او بائنة ثم يتزوجها بعقد جديد - ثم بعد ذلك قسمه الى البائن و الرجعى-وفى الشرايع قسم الطلاق السنى بالمعنى الاعم - الى اقسام ثلاثة بائن ورجعى و طلاق العدة - وكك فى محكى التحرير - و المعروف بين الاصحاب جعل طلاق العدة قسما من الطلاق الرجعى

كما فى المتن .

اقول ان هذا النزاع لايترتب، عليه اثر بعد كون موضوعات الاحكام الشرعية المختلفة بينة كماستعرف حتى الطلاق العدى بالنسبة الى تحريم الابد فى التسع ولكن فى جملة من النصوص قسم الطلاق الى السنة والعدة ـ ففى صحيح(١) زرارة عن الباقر عليه السلام كل طلاق لايكون على السنة اوعلى العدة فليس بشيء قال زرارة قلت لابى جعفر عليه السلام فسر لى طلاق السنة وطلاق العدة فقال اما طلاق السنة فاذا اراد الرجل ان يطلق امرأته فلينتظر بها حتى تطمث و تطهر فاذاخرجت من طمثها طلقها تطليقة من غير جماع و يشهد شاهدين على ذلك ثم يدعها حتى تطمث طمثتين فتنقضى عدتها بثلاث حيض وقدبانت منه ويكون خاطبا من الخطاب انشائت تزوجته وانشائت لم تتزوجه وعليه نفقتها والسكنى مادامت فى عدتها وهما يتوارثان حتى تنقضى العدة قال واما طلاق العدة الذى قال الله تعالى فطلقوهن الخ ـ فاذااراد الرجل منكم ان يطلق امرأته طلاق العدة فلينتظر بهاحتى تحيض وتخرج من حيضها ثم يطلقها تطليقة من غير جماع وبشهادة شاهدين عدلين و يراجعها من يومه ذلك ان احب او بعد ذلك بايام قبل ان تحيض ويشهد على رجعتها ويواقعها حتى تحيض فاذاحاضت وخرجت من حيضها طلقها تطليقة اخرى من غير جماع ويشهد على ذلك ثم يراجعها ايضامتى شاء قبل ان تحيض ويشهد على رجعتها ويواقعها وتكون معه الى ان تحيض الحيضة الثالثة فاذا خرجت من حيضتها الثالثة طلقها التطليقة الثالثة بغير جماع ويشهد على ذلك فاذافعل ذلك فقدبانت منه ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ـ قيل له وان كانت ممن لاتحيض فقال مثل هذه تطلق طلاق السنة و نحوه غيره ـ و المستفاد من هذه النصوص ان طلاق العدة اسم لمجموع الطلقات الثلاث ـ وحيث ان الاثنتين منهارجعيتان والثالثة بائنة فالطلاق العدى مركب من الرجعى والبائن ـ فالاولى تقسيمه الى اقسام ثلاثة .

---

(١) اورد صدره فى الوسائل باب ١ـ من ابواب اقسام الطلاق حديث ١ وذيله فى باب ٢ منها حديث ١

وكيف كان ﴿ فالاول ﴾ اى الطلاق البائن - مالايصح للزوج الرجوع بها بلاعقد-امالعدم العدة بالمرة -وهواقسام ثلاثة ﴿طلاق اليائسة﴾ عن المحيض ومثلها تحيض وهى من بلغت خمسين اوستين سنة على ماتقدم فى باب الحيض ﴿والصغيرة﴾ وهى من لم تبلغ سن امكان المحيض وهو التسع كما تقدم ﴿وغير المدخول بها﴾ وان خلا بها خلوة المحكومة بلزوم الاعتداد ظاهر الكنها بائنة باعتبار عدم الدخول. اولعدم امكان الرجوع ابتداء وان امكن فى الجملة ﴿و﴾هو اثنان طلاق ﴿المختلعة والمباراة مع استمرارها على البذل﴾ فان رجعتا به كان رجعيا يلحقه احكامه كماسياتى -واما لعدم امكان الرجوع اليها فى العدة مطلقا ﴿و﴾ هو ﴿المطلقة ثلاثا بينها رجعتان ﴾ اوعقدان - اورجعة وعقد - فالمراد بالرجعة اعم من الرجوع المصطلح والعقد الجديد لماستعرف من عدم اعتبار خصوص الرجعتين فى حرمتها عليه مالم تنكح زوجا غيره.

﴿والثانى﴾ وهو الذى للمطلق الرجعة اليها فى العدة سواء راجع ام لم يراجع ﴿ماعداه﴾ اى ماعدا البائن الذى عرفت ان اقسامه ستة ﴿ مما للرجل المراجعة فيه﴾ بلاخلاف بل عليه الاجماع والكتاب والسنة دالان عليه سواء اعتدت بالاقراء اوالشهور او الوضع.

طلاق العدة

﴿و﴾ اما ﴿ طلاق العدة من احد هذه﴾ الذى عرفت انه مركب من طلقات بائنة ورجعيتين فهو ﴿مايراجع فى العدة﴾ بعد ماطلقها على الشرائط ﴿ثم يواقع ثم يطلق بعد الطهر﴾ من المحيض الواقع بعد طهر المواقعة ثم يراجعها ويواقعها ثم يطلقها فى طهر اخر-فانها تحرم عليه حتى تنكح زوجاً غيره كماسمعت التصريح به فى صحيح زرارة ﴿ فهذه تحرم بعد تسع ينكحها بينها رجلان مؤبداً وما عداه تحرم فى كل ثالثة حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ و تنقيحا لقول فى ذلك يقتضى البحث فى مواضع.

الاول ان المحكى عن الشيخ فى النهاية وجماعة ان الطلاق الواقع بعد المراجعة

والمواقعة يوصف بكونه عديا وان لم يقع بعده رجوع و وقاع لكن الطلاق الثالث لايوصف بكونه عديا الا اذا كان بعد الرجوع والوقاع- والمستفاد من المتن والنافع وغيرهما- ان المعتبر فيه ان يطلق ثانيا بعد الرجوع والمواقعة خاصة-وعن بعضهم عدم اعتبار الطلاق ثانيا - و ظاهر القول الاول ان الطلاقين الاخيرين مما تقدم من الكيفية الخاصة يتصفان بالعدة دون الاول لوقوعهما بعد المراجعة و الوقاع دونه لعدمها قبله- وظاهر القولين الاخيرين اتصاف الاولين بالعدة دون الثالث فان الثالث فاقد لشرط العدة على القولين والاولين واجدان له كما لايخفى - ولكن قد تقدم ان الطلاق العدى عبارة عن الطلقات الثلاث الواقعة على هذه الكيفية من غير اختصاص بالاولى والثانية اوغيرهما- لصراحة صحيح زرارة المتقدم في ذلك ونحوه غيره-ويترتب على ماذكرناه انه لايتصور التفريق فيه لخروجه به عن كونه عديا -ولذلك نفع في بعض المسائل الاتية.

الثاني انه يعتبر في الطلاق للعدة الوطء بعد المراجعة والافلا يكون الطلاق للعدة بلا خلاف في ذلك فتوى ونصا.

اختصاص الحرمة الابدية في التاسعة بالطلاق العدى

الثالث - المشهور بين الاصحاب ان المطلقة تسعا للعدة تحرم مؤبداً - و عن المدارك نقل جمع من الاصحاب الاجماع على ان المطلقة تسعاً للعدة تحرم مؤبداً ولم ينقلوا على ذلك دليلا والذي وقفت عليه في ذلك مارواه (١) زرارة ابن اعين و داود بن سرحان عن ابي عبدالله عليه السلام قال الملاعنة اذا لاعنها زوجها لم تحل له ابداً والذي يتزوج المرئة في عدتها وهو يعلم لاتحل له ابدا والذي يطلق الطلاق الذي لاتحل له حتى تنكح زوجا غيره ثلاث مرات لاتحل له ابداً

---

(١) روى منه ما هو محل الاستدلال في الوسائل باب ٤ من ابواب اقسام الطلاق حديث ٤

والمحرم اذا تزوج وهو يعلم انه حرام عليه لاتحل له ابدا - وفي الصحيح (١) عن جميل بن دراج عن ابي عبدالله عليه السلام وابراهيم بن عبد الحميد عن ابي عبدالله وابي الحسن عليهما السلام اذا طلق رجل المرئة فتزوجت ثم طلقها زوجها فتزوجها الاول ثم طلقها فتزوجت رجلا آخر ثم طلقها فتزوجها الاول فطلقها هكذا ثلاثا لم تحل له ابداً واطلاق الرواية الاولى وخصوص الثانية يقتضي حصول التحريم بالطلقات التسع التي ليست للعدة لكن لااعلم بمضمونه قائلا انتهى اقول و هناك روايات اخر مطلقة لاحظ خبر (٢) ابي بصير عن الصادق عليه السلام في حديث قال سألته عن الذي يطلق ثم يراجع ثم يطلق قال عليه السلام لاتحل له حتى تنكح زوجا غيره فيتزوجها رجل آخر فيطلقها على السنة ثم ترجع الى زوجها الاول فيطلقها ثلاث مرات و تنكح زوجا غيره فيطلقها ثلاث مرات على السنة ثم تنكح فتلك التي لاتحل له ابداً - ونحوه غيره.

ولكن يمكن ان يستدل على الاختصاص بوجوه -١- الاجماع المحقق والمنقول مستفيضا - ٢ - ما في خبر (٣) الخصال الوارد في بيان ما يحرم من الفروج بالكتاب اوالسنة الظاهر في الحصر -وتزويج الرجل امرأة قد طلقها للعدة- فانه بمفهومه يدل على عدم الحرمة في غيره -٣- فتوى جماعة بذلك المقيدين بان لايفتون الا بما في متون النصوص -٤- خبر (٤) المعلى بن خنيس عن الصادق عليه السلام في رجل طلق امرأته ثم لم يراجعها حتى حاضت ثلاث حيض ثم تزوجها ثم طلقها فتركها حتى حاضت ثلاث حيض ثم تزوجها ثم طلقها من غير ان يراجع ثم تركها حتى حاضت ثلاث حيض قال عليه السلام له ان يتزوجها ابداً مالم يراجع و يمس - فانه يدل على عدم الحرمة الابدية بغير طلاق العدة وان طلقت كك طلقات عديدة ولو تجاوزت التسع ولاينافي

---

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب مايحرم باستيفاء العدد حديث ٢

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب اقسام الطلاق حديث ٢

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب مايحرم بالمصاهرة حديث ١

(٤) الوسائل باب ٣ من ابواب اقسام الطلاق حديث ١٣

ذلك اشتراط المحلل بعد كل ثلاث طلقات فانه في مقام بيان الحرمة الابدية وعدمها وان الحرمة مقيدة بحصول امرين الرجوع والوقاع - والا فلا تحرم ابدا - فكما ان التزويج مشروط بشرائط لم تذكر في الخبر كذلك يكون في بعض الموارد مشروطا بوجود المحلل - و على هذا فلا وجه لتوقف سيد المدارك و صاحب الحدائق في الحكم المزبور.

ثم انه قد عرفت ان طلاق العدة عبارة عن الطلقات الثلاث بالكيفية الخاصة فما عن الروضة بعد ان ذكر ان اطلاق العدة على التسع المرتبة مجاز لان الثالثة من كل ثلاث ليست للعدة فاطلاقه عليها اما اطلاق لاسم الاكثر على الاقل او باعتبار المجاورة قال وحيث كانت النصوص والفتاوى مطلقة في اعتبار التسع للعدة في التحريم الابدى كان اعم من كونها متوالية ومتفرقة فلو اتفق في كل ثلاث واحدة للعدة اعتبر فيه اكمال التسع - في غير محله - نعم يمكن التفريق بين طلقاته التسع بان يطلق بعد الفرد الاول منه وحصول المحلل للسنة مثلا ثم يتزوجها بعد العدة لها ايضا فيطلقها ثم يتزوجها بعد العدة ثم يطلقها طلاقا عديا للعدة ثلاثا ثم يصيبها المحلل ثم يتزوجها فيطلقها طلاقا عديا.

وعليه فهل تحرم مؤبدا - ام تعتبر في الحرمة الابدية الترتيب والتوالى ومع تخلل غير طلاق العدة لا تحرم وجهان - من اطلاق النصوص وقد خرج منها الخالى عن طلاق عدى بالاجماع وغيره مما تقدم وبقى صور التفريق - ومن تصريح على بن ابراهيم في المحكى عنه بعد ذكر ما يوجب التحريم الابدى و انه الطلقات التسع المرتبة هذه هي التي لا تحل لزوجها الاول ابدا الظاهر في الحصر الحقيقى و نحوه الصدوق في الفقيه وهما من عمدة ارباب النصوص ولا يفتيان الا بما وصل اليهما من النصوص - اظهرهما الاول كما لا يخفى -

فى الطلاق الثلاث الذى يحتاج الى المحلل

الرابع - المشهور بين الاصحاب انه اذ طلق المرئة فخرجت من العدة ثم نكحها مستانفا ثم طلقها وتركها حتى قضت العدة ثم استانف نكاحها ثم طلقها ثالثة حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره وهذا الطلاق يفارق طلاق العدة فى ان المطلقة به لاتحرم مؤبدا بخلاف طلاق العدة كما مر - وعن ابن بكير ان هذا الطلاق اعنى طلاق السنة بالمعنى الاخص لايحتاج الى محلل بعد الثلاث ويهدم استيفاء عدتها تحريمها فى الثالثة و نسب ذلك الى الصدوق فى الفقيه حيث قال وسمى طلاق السنة طلاق الهدم لانه متى استوفت قرؤها و تزوجها ثانية عدم الطلاق الاول - و لكن المشهور بين الاصحاب تخصيص الخلاف بابن بكير ولذا تكرر فى كلماتهم دعوى اجماع اصحابنا على خلافه.

و كيف كان فيشهد للمشهور نصوص كثيرة منها ما تقدم - ومنها صحيح (١) الحلبى عن الصادق عليه السلام فى رجل طلق امرأة ثم تركها حتى انقضت عدتها ثم تزوجها ثم طلقها من غير ان يدخل بها حتى فعل ذلك بها ثلاثا قال عليه السلام لاتحل له حتى تنكح زوجا غيره - وخبر (٢) الحسن بن زياد عنه عليه السلام عن طلاق السنة كيف يطلق الرجل امرأته فقال يطلقها فى طهر قبل عدتها من غير جماع بشهود فان طلقها واحدة ثم تركها حتى يخلوا جلها - الى ان قال فان طلقها الثالثة فقد بانت منه ولاتحل له حتى تنكح زوجا غيره - و خبر (٣) زرارة عن الباقر عليه السلام فى الرجل يطلق امرأته تطليقة ثم يراجعها بعد انقضاء عدتها فاذا طلقها الثالثة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره - وصحيح (٤) ابن بزيع عن الرضا عليه السلام البكر اذا طلقت ثلاث مرات وتزوجت من غير نكاح فقد بانت منه ولاتحل لزوجها حتى تنكح زوجا غيره - الى غير ذلك من النصوص المتواترة

(١-٣-٤) الوسائل باب ٣ من ابواب اقسام الطلاق حديث ٤-٩-١

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب اقسام الطلاق حديث ٤

الواردة في اقسام الطلاق غير طلاق العدة الدالة على ذلك.

واستدل للقول الاخر بروايات -١- ما رواه(١) ابن بكير عن زرارة في الصحيح قال سمعت اباجعفر عليه السلام يقول الطلاق الذي يحبه الله تعالى والذي يطلقه الفقيه وهو العدل بين المرئة والرجل ان يطلقها في استقبال الطهر بشهادة شاهدين وارادة من القلب ثم يتركها حتى تمضي ثلاثة قروء فاذا رأت الدم في اول قطرة من الثالثة وهو اخر القروء لان الاقراء هي الاطهار فقد بانت منه وهي املك بنفسها فان شائت تزوجته وحلت له بلا زوج - فان فعل هذا بها مائة مرة هدم ما قبله وحلت له بلا زوج وان راجعها قبل ان تملك نفسها ثم طلقها ثلاث مرات يراجعها ويطلقها لم تحل له الا بزوج - واجاب عنه الشيخ ره بانه يجوز ان يكون اسند ذلك الى زرارة نصرة لمذهبه الذي كان افتى به لما راى اصحابه لا يقبلون منه ما يقوله برأيه اسنده الى من روى عن ابي جعفر عليه السلام وليس عبدالله بن بكير معصوما لا يجوز عليه هذا بل وقع منه من العدول عن اعتقاد مذهب الحق الى اعتقاد مذهب الفطحية ما هو معروف من مذهبه والغلط في ذلك اعظم من اسناده فيما يعتقد صحته بشبهة الى بعض اصحاب الائمة عليهم السلام - ولكن يرد عليه ما ذكره جمع من الاساطين ان هذا القدح العظيم في ابن بكير ينافي ما صرح به في فهرسته من توثيقه وما رواه الكشي من الاجماع على تصحيح ما يصح عنه ولوجب عدم جواز العمل برواياته مع انهم متفقون على العمل بها بل ترجيحها على غيرها.

والحق ان يقال انه يحتمل ان يكون قوله فان فعل هذا الى اخر الحديث فتوى ابن بكير ذكرها في ذيل الحديث كما وقع ذلك من الشيخ والصدوق وغيرهما كثيرا - ويؤيد هذا الاحتمال ان الاصحاب لما حاجوه وسئلوه عن انه هل سمع بذلك رواية لم ينقل ذلك عن زرارة - وايضا روى الكليني هذا الخبر بعينه وبهذا السند خاليا عن الحكم المذكور - وايضا يؤيده ما تضمن من الاخبار من محاجة الاصحاب له فيما تفرد به وجوابه(٢) بان هذا مما رزق الله من الرأى - او- (٣) بان الزوج وغير الزوج عندي سواء

(١-٢-٣) الوسائل باب ٣ من ابواب اقسام الطلاق واحكامه حديث ١٦-١٢-١١

الذي قاله بعدما سئل عنه هل سمعت في هذا شيئا قال رواية رفاعة قيل له ان رفاعة روى اذا دخل بينهما زوج - ولوابيت عن ذلك وعما افاده الشيخ ره الذي يمكن توجيهه بان ابن بكير لرأيه واعتقاده كان يرى هذا الكذب جائزا لمصلحة اهم وهي نشر الاحكام الواقعية - فيتعين طرحه عند المعارضة للشهرة و غيرها من المرجحات التي مع تلك النصوص.

٢ - صحيح (١) عبدالله بن سنان اذا طلق الرجل امرأته فليطلق على طهر بغير جماع بشهود فان تزوجها بعد ذلك فهي عنده على ثلاث وبطلت التطليقة الاولى وان طلقها اثنتين ثم كف عنها حتى تمضي الحيضة الثالثة بانت منه بثنتين وهو خاطب من الخطاب فان تزوجها بعد ذلك فهي عنده على ثلاث تطليقات وبطلت الاثنتان فان طلقها ثلاث تطليقات على العدة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره - ولكن يرد عليه اولا انه مقطوع ولعل ذلك رأيه كابن بكير - وثانيا - انه لا يصلح للمقاومة لما تقدم - وحمله الشيخ على انه لو تزوجها بعد العدة وبعد ان تزوجها زوج آخر ثم فارقها.

٣ - خبر المعلى بن خنيس المتقدم الذي عرفت انه يدل على نفي التحريم المؤبد في التاسعة - و بما ذكرناه يظهر حال سائر ما استدل به لهذا القول - فالاظهر عدم الهدم مطلقا.

في طلاق الحامل ورجوعها

الخامس لا خلاف بين الاصحاب في انه يجوز طلاق الحامل مرة بل عليه اتفاقهم - وقد تقدمت النصوص الكثيرة الدالة على ذلك - كما لا كلام في انه لا يجوز ان يطلق للسنة بمعنى العقد عليها بعد انقضاء عدتها ثم تطليقها ثانيا لان انقضاء عدتها انما يكون بالوضع فتخرج عن كونها حاملا - انما الكلام في ما زاد على المرة للعدة - او للسنة بالمعنى الذي هو خلاف العدي اي طلاقها بعد المراجعة بلا مواقعة - فالمشهور بين الاصحاب جوازه

---

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب اقسام الطلاق واحكامه حديث ١٥

فى المقامين بل عليه الاجماع فى الشرايع ومحكى القواعد والايضاح وشرح الصيمرى فى المقام الاول - وعن الصدوقين فى الرسالة والمقنع المنع من الطلاق ثانيا مادامت حاملا مطلقا - وعن الشيخ فى النهاية وابنى البراج وحمزة المنع من الطلاق السنة وجوزوا فى العدة المقابلة لها ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص فانها على طوائف .

منها مايدل على الجواز فى المقامين كموثق(١) اسحاق بن عمار عن ابى الحسن عليه السلام عن رجل طلق امرئته وهى حامل ثم راجعها ثم طلقها ثم راجعها ثم طلقها الثالثة فى واحد تبين منه قال عليه السلام نعم - و هذا كما تراه مطلق شامل لطلاقى العدة والسنة وموثقه (٢) الاخر قلت لابى ابراهيم عليه السلام الحامل يطلقها زوجها ثم يراجعها ثم يطلقها ثم يراجعها ثم يطلقها الثالثة قال عليه السلام تبين منه ولاتحل له حتى تنكح زوجا غيره - وموثقه(٣) الثالث عن ابى الحسن الاول (ع) عن الحبلى تطلق الطلاق الذى لاتحل له حتى تنكح زوجا غيره قال عليه السلام نعم قلت الست قلت لى اذا جامع لم يكن له ان يطلق قال عليه السلام ان الطلاق لايكون الا على طهر قد بان اوحمل قد بان وهذه قد بان حملها

ومنها مايدل على الجواز فى خصوص طلاق العدة - كحسن(٤) يزيد الكناسى قال سالت اباجعفر عليه السلام عن طلاق الحبلى فقال يطلقها واحدة للعدة بالشهور والشهود قلت فله ان يراجعها قال نعم وهى امراته قلت فان راجعها ومسها ثم اراد ان يطلقها تطليقة اخرى قال لايطلقها حتى يمضى لها بعد مايمسها شهر قلت فان طلقها ثانية واشهد ثم راجعها واشهد على رجعتها ومسها ثم طلقها التطليقة الثالثة و اشهد على طلاقها لكل عدة شهر هل تبين منه كما تبين المطلقة للعدة التى لاتحل لزوجها حتى تنكح زوجا غيره قال عليه السلام نعم قلت فما عدتها قال عليه السلام عدتها ان تضع مافى بطنها ثم قد حلت للازواج ومارواه (٥) الشيخ باسناده عن ابن بكير والفضل بن محمد الاشعرى عن بعضهم قال فى الرجل يكون له المرئة الحامل وهو يريد ان يطلقها قال يطلقها اذا اراد الطلاق بعينه يطلقها بشهادة الشهود فان بداله فى يومه اومن بعد ذلك ان يراجعها يريد الرجعة

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ٢٠ من ابواب اقسام الطلاق حديث ١٠ -٦-٨-١١-٩

بعينها فليراجع وليواقع ثم يبدوله فيطلق ايضا ثم يبدوله فيراجع كما راجع اولا ثم يبدوله فيطلق فهي التي لاتحل له حتى تنكح زوجا غيره اذا كان اذا راجع يريد المواقعة والامساك ويواقع .

ومنها ما يدل على عدم جواز طلاق الحامل بعد الرجوع بدون الجماع - كموثق (١) اسحاق بن عمار عن ابي الحسن عليه السلام قال قلت له رجل طلق امراته ثم راجعها بشهود ثم طلقها ثم بداله فراجعها بشهود ثم طلقها بشهود تبين منه قال عليه السلام نعم قلت كل ذلك في طهر واحد قال عليه السلام تبين منه قلت فانه فعل ذلك بامرأة حامل قال عليه السلام ليس هذا مثل هذا .

ومنها مادل على ان طلاقها واحد كصحيح (٢) الجعفي عن ابي جعفر عليه السلام طلاق الحامل واحد فاذا وضعت مافي بطنها فقد بانت منه - وخبر (٣) ابي بصير عن ابي عبدالله عليه السلام الحبلى تطلق تطليقة واحدة ونحوهما غيرهما .

ومنها مادل على النهي عن الزيادة كخبر (٤) منصور الصيقل عنه عليه السلام في الرجل يطلق امرأته وهي حبلى قال يطلقها قلت فيراجعها قال عليه السلام نعم يراجعها قلت : فانه بداله بعد ما راجعها ان يطلقها قال عليه السلام لاحتى تضع هذه جميع نصوص الباب .

اقول اما خبر منصور فهو لضعف سنده يطرح لجهالته وجهالة ابنه الراوي عنه - واما الطائفة الثالثة فلاتدل على ما ذكر فان قوله عليه السلام ليس هذا مثل هذا يدل على عدم جواز طلاق الحامل بعد الرجوع الا بعد المواقعة بل لعل المراد ان هذا غير هذا يصح الطلاق ثانياً حتى بعد الوقاع في نفس ذلك الطهر - واما الطائفة الثانية - فالخبر الاول منها لاينافي الطائفة الاولى لانهما مثبتان ولايحمل المطلق منهما على المقيد - واما الخبر الثاني فهو مقطوع والمنسوب اليه الحكم مجهول فلايصلح للتقييد

---

(١) الوسائل باب ١٩ من ابواب اقسام الطلاق حديث ٥

(٢-٣-٤) الوسائل باب ٢٠ من ابواب اقسام الطلاق حديث ١-٤-٧

فلم يبق الا الاولى والرابعة ويمكن الجمع بينهما بوجوه- اما حمل الثانية على ارادة الطلاق الموجب لبينونة المطلقة المجوزة لتزويج الغير اياها وخروجها عن قيد زوجية المطلق بالمرة- كما يشهد به قوله في الصحيح متفرعا على ان طلاق الحامل واحد- فاذا وضعت ما في بطنها فقد بانت منه- واما حملها على ارادة الاتحاد صنفا بمعنى انه لافصل بينهما بانقضاء طهر-واما حملها على استحباب الاتحاد او كراهة التعدد- وان لم يكن شيئا من ذلك جمعا عرفيا لاريب في تقديم الطائفة الاولى لانها المشهورة والشهرة اولى المرجحات-وبما ذكرناه ظهر مدرك القولين الاخرين وضعفه.

ثم ان الاسكافي منع عن الطلاق في المقام الثاني ثانياً الابعد شهر- ومستنده حسن يزيد المتقدم لكنه محمول على الاستحباب لتصريح في موثق اسحاق بوقوع الطلقات الثلاث في يوم واحد.

ثم انه يمكن ان يقال ان الشيخ و تابعيه لم يريدوا بالمنع عن الطلاق الثاني للسنة بالمعنى المتقدم بل ارادوا به المنع عن طلاق السنة بمعنى العقد عليها بعد انقضاء عدتها ثم تطليقها ثانيا الذى عرفت انه لااشكال فيه لمامر وجعل ذلك وجها للجمع - بين النصوص الدالة على انحصار طلاقها بواحدة - وبين ماصرح بالزيادة عليها بحمل الاولى على طلاق السنة بمعنى انه اذا اراد ان يطلق الحامل طلاق السنة طلقها طلاقا واحدا و تركها حتى تضع حملها ولايجوز ان يراجعها و يطلقها قبل الوضع طلاقا سنيا لانه مشروط بالخروج عن العدة التي هي هنا وضع الحمل فطلاق السنة طلاقا ثانيا لايكون للحامل - والى ذلك نظر المصنف ره في محكي المختلف- قال طلاق العدة والسنة واحد وانما يصير للسنة بترك المراجعة وترك المواقعة وللعدة بالرجعة في العدة والمواقعة فان طلقها لم يظهر انه للسنة اوللعدة الابعد وضع الحمل لانه ان راجع قبله كان طلاق العدة وان تركها حتى تضع كان طلاق السنة فان قصد الشيخ ذلك فهو حق و يحمل الاخبار عليه انتهى.

طلاق الحایل ورجوعها

السادس اذا طلق الحایل طلاقا رجعیا ثم راجعها فان واقعها وطلقها فی طهر آخر صح اجماعا ونصوصا وفی الجواهر بل هو من قطعیات المذهب.

انما الکلام فی انه هل یجوز الطلاق بعد الرجوع فی ذلک الطهر او طهر آخر من دون المواقعة - فالمشهور بین الاصحاب ان له ذلک وعن ابن ابی عقیل انه لا یجوز الطلاق الثانی الا بعد المواقعة - ونصوص الباب طائفتان.

الاولی - ما یدل علی الجواز - کموثق (۱) اسحاق بن عمار عن ابی الحسن علیه السلام قال قلت له رجل طلق امرأته ثم راجعها بشهود ثم طلقها ثم بدا له فراجعها بشهود ثم طلقها بشهود تبین منه قال نعم - قلت کل ذلک فی طهر واحد قال تبین منه قلت فانه فعل ذلک بامرأة حامل تبین منه قال علیه السلام لیس هذا مثل هذا - وصحیح (۲) محمد بن مسلم وعبد الحمید بن عواض قالا سألنا اباعبدالله علیه السلام عن رجل طلق امرأته واشهد علی الرجعة ولم یجامع ثم طلق فی طهر اخر علی السنة اتثبت التطلیقة الثانیة بغیر جماع قال علیه السلام نعم اذا هو اشهد علی الرجعة ولم یجامع کانت التطلیقة ثابتة - وصحیح (۳) البزنطی عن الرضا علیه السلام عن رجل طلق امرأته بشاهدین ثم راجعها ولم یجامعها بعد الرجعة حتی طهرت من حیضتها ثم طلقها علی طهر بشاهدین ایقع علیها التطلیقة الثانیة وقد راجعها ولم یجامعها قال (ع) نعم - ونحوها غیرها و الاول من هذه النصوص فی الطلاق فی الطهر الاول - والاخیران فی الطلاق فی طهر آخر.

الثانیة ما یدل علی اعتبار الوقاع فی الطلاق الثانی کصحیح (۴) ابن الحجاج عن ابی عبدالله (ع) فی الرجل یطلق امرأته له ان یراجع وقال لا یطلق التطلیقة الاخری حتی یمسها - وموثق (۵) اسحاق بن عمار عن ابی ابراهیم (ع) عن الرجل یطلق امرأته فی

(۱-۲-۳) الوسائل باب ۱۹ من ابواب اقسام الطلاق حدیث ۵-۱-۲

(۴-۵) الوسائل باب ۱۷ من ابواب اقسام الطلاق حدیث ۲ -۳

طهر من غير جماع ثم يراجعها في يومه ذلك ثم يطلقها تبين منه بثلاث تطليقات فى طهر واحد فقال (ع) خالف السنة قلت فليس ينبغي لها اذا هو راجعها ان يطلقها الا فى طهر قال نعم قلت حتى يجامع قال (ع) نعم ـ وصحيح(١) ابى بصير عن الصادق (ع) سألته عن طلاق السنة الى ان قال واما طلاق الرجعة فان يدعها حتى تحيض وتطهر ثم يطلقها بشهادة شاهدين ثم يراجعها ويواقعها ثم ينتظر بها الطهر فاذا حاضت وطهرت اشهد الشاهدين على تطليقة اخرى ثم يراجعها ويواقعها ثم ينتظر بها الطهر فاذا حاضت وطهرت اشهد شاهدين على التطليقة الثالثة ثم لا تحل له ابدا حتى تنكح زوجا غيره وعليها ان تعتد بثلاثة قروء من يوم طلقها التطليقة الثالثة فان طلقها واحدة بشهود على طهر ثم انتظر بها حتى تحيض وتطهر ثم طلقها قبل ان يراجعها لم يكن طلاقه الثاني طلاقا لانه طلق طالقاً الى ان قال فان طلقها على طهر بشهود ثم راجعها وانتظر بها الطهر من غير مواقعة فحاضت وطهرت ثم طلقها قبل ان يدنسها بمواقعة بعد الرجعة لم يكن طلاقه لها طلاقا لانه طلقها التطليقة الثانية فى طهر الاولى ولا ينقضى الطهر الا بمواقعة بعد الرجعة وكذلك لا تكون التطليقة الثالثة الا بمراجعة ومواقعة بعد الرجعة ثم حيض وطهر بعد الحيض ثم طلاق بشهود حتى يكون لكل تطليقة طهر من تدنيس المواقعة بشهود.

وللاصحاب في الجمع بين النصوص مسالك ـ١ـ ما عن الشيخ قده وجماعة وهو حمل النصوص الاولة على طلاق السنة ونصوص المنع على طلاق العدة الذى قدمر اعتبار المواقعة بعد الرجعة فيه ـ واورد عليه جمع من الاساطين بان كلا من الاخبار ورد فى الرجل يطلق على الوجه المذكور و يجيب الامام بالجواز او النهى من غير استفصال فيفيد العموم من الطرفين فلا يكون الجمع المذكور عرفيا ولذا قال المحقق فى الشرايع انه تحكم ـ وقد استشهد لهذا الجمع بخبر بنى المعلى وابى بصير ولوضوح عدم شهادتهما بذلك اغمضت عن ذكرهما.

ـ٢ـ ما عن المحدث الكاشانى ره وهو حمل الاولة على ما لو كان غرضه من الرجعة ان

---

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب اقسام الطلاق حديث ٢

تكون فى حبالة وله فيها حاجة ثم بدا له ان يطلقها فلا حاجة الى المس ويصح طلاقه والثانية على ما لو كان غرضه من الرجعة التطليقة الاخرى الى ان تبين منه فلا يصح طلاقها بعد المراجعة حتى يمسها - وقد استشهد لهذا الجمع تارة بان غرض الناس من المراجعة البينونة - واخرى بخبر (١) الحسن بن زياد عن الصادق (ع) لا ينبغى للرجل ان يطلق امرأته ثم يراجعها وليس له فيها حاجة ثم يطلقها فهذا الضرار الذى نهى الله تعالى ان يطلق و يراجع وهو ينوى الامساك - وثالثة بالمروى (٢) - فى تفسير قوله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا عن الصادق (ع) الرجل يطلق حتى اذا كادت ان يخلو اجلها راجعها ثم طلقها يفعل ذلك ثلاث مرات فنهى الله عزوجل عن ذلك - ولكنه ايضاً تبرعى والخبران لا يشهدان به بل هما يدلان على جواز الرجوع والطلاق للاضرار واما انه يعتبر فى هذا الطلاق الجماع فهما اجنبيان عنه .

٣ - ما عن جماعة منهم الشهيد الثانى وسيد المدارك وصاحب الجواهر وهو حمل نصوص المنع على الكراهة واخبار الجواز على اصل الاباحة - اقول ان هذا الجمع وان كان يتم بالنسبة الى صحيح ابن الحجاج وموثق اسحاق بل قوله فى الموثق بعد قول الامام خالف السنة قلت فليس ينبغى لها الخ يشهد به فانه يظهر منه ان اسحاق فهم من قول الامام (ع) خالف السنة - المستحب والاولى - ولكنه لا يتم بالنسبة الى صحيح ابى بصير اذ لو جمع بين قوله (ع) فيه لم يكن طلاقه لها طلاقا مع قوله فى النصوص الاولة كانت التطليقة ثابتة لاريب فى ان اهل العرف يرونهما متهافتين ولا يكون احدهما قرينة على الاخر - الذى هو الملاك فى كون الجمع عرفيا - وما افاده الشهيد الثانى - من انه لو لم يظهر الوجه فى الجمع لكان متعينا حذرا من اطراح احدهما رأسا - غريب - فانه فى الخبرين المتعارضين لابد من الرجوع الى المرجحات وطرح احدهما لا الجمع التبرعى - فالاظهر انهما متعارضتان والترجيح مع الطائفة الاولى - لانها المشهورة بين الاصحاب و لموافقتها للكتاب الدال على جواز

(١-٢) الوسائل باب ٣٤ من ابواب اقسام الطلاق حديث ١-٢

طلاق الزوجة مطلقا من غير اعتبار الجماع و هذه زوجة بعد الرجوع فلا اشكال في الحكم .

في المحلل وما يعتبر فيه

ثم ان تمام الكلام في هذا الفصل بالبحث في مسائل - الاولى - قد عرفت سابقا انه اذا وقع الطلقات الثلاث مترتبة واجدة لجميع شرائط الصحة تحرم المطلقة على المطلق حتى تنكح زوجا غيره * و * انما الكلام في المقام فيما * يشترط في المحلل * والمعروف بين الاصحاب انه شروط اربعة - احدها * البلوغ * فلا يكفي غير المراهق من الصبيان الذين لايلتذون بالنكاح ولا يلتذبهم قولا واحدا بين المسلمين فضلا عن المؤمنين كذا في الجواهر واما المراهق للبلوغ - فالمشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة عدم الاكتفاء به - وعن الشيخ قده في المبسوط والخلاف والاسكافي والشهيد الثاني في المسالك و قوع التحليل به لووطئها .

واستدل للاول (تارة) بانصراف اطلاق الاية (١) «حتى تنكح زوجا غيره» وماشابهها من النصوص الى الافراد الشائعة المتعارفة دون الافراد النادرة ولا ريب في ان نكاح غير البالغ من اندر الفروض النادرة كما في الحدائق (واخرى) بان المعتبر في حصول التحليل ذوق العسيلة من الجانبين كما في النصوص الاتية وهو لايتحقق الا في البالغ امالان المراد به الا نزال اولان ذلك هو الفرد الكامل من لذة الجماع كما في الجواهر (و ثالثة) بظهور الكتاب و السنة في كون المحلل نكاح زوج اخر مستقل بالعقد خصوصا وقد وقع في الاية بعد ذلك قوله فان طلقها ومن المعلوم ان الطلاق لايصدر من غير البالغ - كما فيها ايضا (ورابعة) با صالة بقاء الحرمة (وخامسة) بمكاتبة (٢) على بن الفضل الواسطي قال كتبت الى الرضا (ع) رجل طلق

---

(١) البقرة آية ٢٣١

(٢) الوسائل باب ٨ من ابواب اقسام الطلاق حديث ١

امراته الطلاق الذى لاتحل له حتى تنكح زوجا غيره فيتزوجها غلام لم يحتلم قال عليه السلام لا حتى يبلغ فكتبت اليه ما حد البلوغ فقال عليه السلام ما او جب على المؤمنين الحدود.

ولكن يرد على الاول ما تكرر منا في هذا الشرح من ان الا نصراف الناشى من كثرة فرد وندرة اخر لايصلح منشأً لتقييد الاطلاق - ويرد على الثانى ما سيجىء من ان المراد بذوق العسيلة هولذة الجماع ولاوجه للحمل على ارادة الفردالكامل كما ستعرف - ويرد على الثالث منع ظهور الكتاب و السنة في ذلك فانهما تدلان على ان الموجب لزوال الحرمة تزويج المطلقة زوجا اخر ولم ينسب الفعل الى الزوج حتى يدعى ظهورهما في استقلاله فيه - ويرد على الرابع انه لامورد للاصل مع وجود الدليل اما المطلق او المقيد - اما الخامس فهومتين ولايرد عليه ما اورده الشهيد الثانى قده من ضعفه فانه منجبر بالعمل قطعا فلااشكال في الحكم

اعتبار الوطء في زوال الحرمة

﴿ و ﴾ الثانى ﴿ الوطء ﴾ اجماعا من المسلمين عدا سعيد بن المسيب فانه اكتفى بالعقد- ويشهد به جملة من النصوص كخبر(١) ابى حاتم عن الصادق عليه السلام عن الرجل يطلق أمرأته الطلاق الذى لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ثم تزوجها رجل آخر ولم يدخل بها قال عليه السلام لاحتى يذوق عسيلتها - و خبر (٢) زرارة عن الباقر عليه السلام في الرجل يطلق امرأته تطليقة ثم يراجعها بعد انقضاء عدتهافاذاطلقها الثالثة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره فاذا تزوجها غيره ولم يدخل بها وطلقهااو مات عنها لم تحل لزوجها الاول حتى يذوق الاخرعسيلتها -وصحيح (٣) محمد بن قيس عنه (ع) من طلق امرأته ثلثاولم يراجع حتى تبين فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فاذا تزوجت زوجا و دخل بها حلت لزوجها الاول- وخبر(٤) ابى بصيرعن

(١-٣)الوسائل باب ٧ من ابواب اقسام الطلاق حديث ١-٢

(٢-٤)الوسائل باب ٣ من ابواب اقسام الطلاق حديث ٩-١٠

الصادق(ع) في المطلقة التطليقة الثالثة لاتحل له حتى تنكح زوجا غيره ويذوق عسيلتها- والنبوى(١) المشهور من الجانبين لاحتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك ونحوها غيرها فلااشكال في اعتبار الدخول.

انما الكلام في موارد - ١- هل يعتبر كون الوطء «قبلا» ام يكفى الوطء دبرا- مقتضى اطلاق النصوص غير النبوى الثانى - و لكن النبوى باعتبار قوله حتى تذوقى عسيلته ظاهر في الوطء قبلا كما لايخفى - ٢ - هل يعتبر كون الوطء بحد يكون موجبا للغسل بغيبوبة الحشفة اومقدارها من مقطوعها- ام لايعتبر ذلك-الظاهر اعتباره لعدم ذوق العسيلة من الجانبين بدون ذلك ولان ذلك مناط احكام الوطء والدخول في كل مقام اعتبرا فيه وظاهرهم الاتفاق عليه -٣- هل يعتبر الانزال ام لا المشهور بينهم عدم اعتباره لاطلاق الادلة واستشكل جماعة في ذلك منهم صاحب الجواهر- نظرا الى ان المعتبر كما صرح به في النصوص ذوق العسيلة من الجانبين-والمراد به الانزال - اولذة الجماع المحمول على ارادة الكامل الذى لايحصل الا بالانزال (وفيه) ان العسيلة التى اريد بها المعنى الكنائى ليس المراد بها الانزال لانه نسب الذوق الى عسيلة الاخر و من المعلوم ان انزال كل منهما يوجب التذاذ نفسه لاالتذاذ الاخر فالمراد هو لذة الجماع اى حتى يلتذ كل منهما بجماع الاخر وحمله على الفرد الكامل خلاف الاطلاق بل خلاف ظاهر كلمة الذوق وهو الاختبار الظاهر في انه يكفى الذوق الذى هو في الاصل اختبار الطعام ويعبر عنه في الفارسى (بچشيدن) ومن المعلوم ان هذا يحصل بدون الانزال قطعا- مع- انه لو سلم اجمال نصوص الذوق فالمرجع هو اطلاق مادل على الاكتفاء بالدخول من الاية وصحيح ابن قيس وغيرهما فالاظهر عدم اعتبار الانزال؛

(١) المستدرك باب ٧ من ابواب اقسام الطلاق حديث ٥ الجامع الصحيح ج٣-ص٤٢٧

اعتبار دوام العقد

﴿و﴾ الثالث ان يكون ذلك بـ﴿العقد الصحيح﴾ فلا يكفي الوطء حراما او شبهة ولو بالعقد الفاسد بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه كما في الجواهر - ويشهد به مضافا الى النصوص الآتية في عدم الاكتفاء بالعقد المنقطع - والى ما دل عليه الكتاب والسنة من اعتبار ان تنكح زوجا غيره و هو لا يصدق في هذه الموارد قطعا حسن(١) الفضيل عن احدهما (ع) عن رجل زوج عبده امته ثم طلقها تطليقتين يحل له ان يراجعها ان اراد مولاها قال لا - قلت ارأيت ان وطئها مولاها يحل للعبد ان يراجعها قال عليه السلام حتى تتزوج زوجا غيره ويدخل بها فيكون نكاحا مثل نكاح الاول ونحوه خبر(٢) عبد الملك وصحيح(٣) الحلبي.

والرابع ان يكون بالعقد﴿الدائم﴾ فلا يكفي نكاح المتعة ولا يحصل به التحليل اتفاقا نصا و فتوى كما في الحدائق بل الاجماع بقسميه عليه كما في الجواهر - ويشهد به جملة من النصوص كصحيح(٤) محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام عن رجل طلق امرأته ثلاثا ثم تمتع فيها رجل آخر هل تحل للاول قال عليه السلام لا - وموثق(٥) هشام بن سالم عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه ثم تزوجها رجل آخر متعة هل تحل لزوجها الاول قال عليه السلام لا حتى تدخل فيما خرجت منه وخبر(٦) الصيقل عنه عليه السلام قال قلت له رجل طلق امرأته طلاقا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فتزوجها رجل متعة اتحل للاول قال عليه السلام لا لان الله تعالى يقول فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فان طلقها والمتعة ليس فيها طلاق ونحوها خبر(٧) الصيقل الآخر.

(١-٢-٣) الوسائل باب ٢٧ من ابواب اقسام الطلاق حديث ٢ - ١ - ٣

(٤-٥-٦-٧) الوسائل باب ٩ من ابواب اقسام الطلاق حديث ٢-٣-٤-١

المحلل يهدم الطلقة والثنتين كما يهدم الثلاث

﴿و﴾هل المحلل ﴿كما يهدم الثلاث يهدم مادونها﴾ على وجه تكون المرئة لورجعت الى زوجها كما اذا لم تكن مطلقة ولا يحسب تلك الطلقة اوالطلقتان املا قولان- المشهور بين الاصحاب هوالاول - وعن الشيخ فى الخلاف نسبة الثانى الى بعض اصحابنا المتاخرين واختاره صاحب الحدائق-وعن المصنف فى التحرير وسيد المدارك والمحقق السبزوارى التردد فى المسألة -وفى المسألة طائفتان من النصوص

الاولى مايدل على الهدم كموثق(١)رفاعة عن ابى عبدالله عليه السلام عن رجل طلق امرأته حتى بانت منه وانقضت عدتها ثم تزوجت زوجا آخر فطلقها ايضاً ثم تزوجها زوجها الاول ايهدم ذلك الطلاق الاول قال عليه السلام نعم - ونحوه اخباره (٢) الاخر-وخبر(٣) عبدالله بن عقيل قال اختلف رجلان فى قضية الى على عليه السلام وعمر فى امراة طلقها زوجها تطليقة او اثنتين فتزوجها اخر فطلقها اومات عنها فلماانقضت عدتهاتزوجها الاول فقال عمر هى على ما بقى من الطلاق وقال امير المؤمنين عليه السلام سبحان الله يهدم الثلاث ولايهدم واحدة-وموثق (٤) اسحاق بن جرير عن ابى عبدالله قال سأله بعض اصحابنا و انا حاضر عن رجل طلق امراته تطليقة واحدة ثم تركها حتى بانت منه ثم تزوجها الزوج الاول فقال عليه السلام نكاح جديد وطلاق جديد وليس التطليقة الاولى بشىء هى عنده على ثلاث تطليقات مستانفات.

الثانية ما يدل على عدم الهدم وهى نصوص كثيرة - كصحيح (٥) الحلبى عن ابى عبدالله (ع)عن رجل طلق امراته تطليقةواحدة ثم تركها حتى مضت عدتهافتزوجت زوجا غيره ثم مات الرجل اوطلقها فراجعها زوجها الاول قال عليه السلام هى عنده على تطليقتين باقيتين-وصحيح(٦) على بن مهزيار كتب عبدالله بن محمد الى ابى الحسن عليه السلام روى عن بعض اصحابنا عن ابى عبدالله عليه السلام فى الرجل يطلق امراته على الكتاب

(١-٢-٣-٤-٥-٦)الوسائل باب ٦ من ابواب اقسام الطلاق حديث ١ ٢٠-٤-١٣-٢-١٤-٦-٧

والسنة فتبين منه بواحدة فتزوج زوجها غيره فيموت عنها اويطلقها فترجع الى زوجها الاول انها تكون عنده على تطليقتين و واحدة قد مضت فكتب عليه السلام صدقوا و روى بعضهم انها تكون عنده على ثلاث مستقبلات و ان تلك التى طلقها ليست بشىء لانها قد تزوجت زوجا غيره - فوقع عليه السلام بخطه لا - و صحيح (١) منصور عن الصادق عليه السلام فى امراة طلقها زوجها واحدة او اثنتين ثم تركها حتى تمضى عدتها فتزوجها غيره فيموت اويطلقها فيتزوجها الاول قال عليه السلام هى عنده على ما بقى من الطلاق - ونحوه صحيح (٢) ابن مسكان عن محمد الحلبى عنه عليه السلام الى غير ذلك من النصوص وقد انهاها فى الحدائق الى سبعة .

و قد حمل الشيخ ره الطائفة الثانية على ان الزوج الثانى لم يدخل بها - او كان تزوجها متعة - اولم يكن بالغا - فان فى جميع هذه المواضع لايحصل التحليل كما تقدم ولايخفى بعد الجميع كما صرح به جمع من الاساطين - و عن كشف اللثام وعندى انه لا تعارض بينهما لاحتمال ان يراد بما فى بعضها من كونها عنده على تطليقتين وواحدة قدمضت انها تكون زوجة ويجوزله الرجوع اليها بعد تطليقتين فيفيد العدم وان المراد بمضى الواحدة انهدامها - وفيه - انه لايصح هذا الحمل فى صحيح الحلبى وابن مهزيار راجعهما بل وفى اكثرها - ولذلك قال صاحب الحدائق انه يتعين تقديم عدم الهدم لان من المرجحات عند التعارض الشهرة الروائية وموافقة الكتاب وموافقة الاحتياط واصحية السند و كون القائل الامام المتاخر و جميع هذه فى نصوص عدم الهدم فان اكثر روايات الهدم من رفاعة وليس غيرها الاخبر عبدالله بن عقيل وهو مقطوع فالراوى لروايات الهدم خصوص رفاعة واما روايات العدم فرواتها متعددون و مقتضى اطلاق الاية الكريمة الاحتياج الى المحلل بعد الطلاق الثالث سواء تخلل نكاح زوج غيره ام لا - وموافقتها للاحتياط واصحية السند واضحة واما كون القائل هو الامام المتاخر فان روايات الهدم مروية عن ابى عبدالله عليه السلام ومن روايات

(١-٢) الوسائل باب ٦ من ابواب اقسام الطلاق حديث ٨-٩

العدم صحيح على بن مهزيار وهو مروى عن ابى الحسن الهادى عليه السلام -ثم اورد على نفسه بان روايات الهدم مخالفة للعامة فلابد من تقديمها-واجاب عنه اولا بعدم ثبوت ذلك وثانيا بان مخالفة العامة انما تكون من المرجحات بعد فقد جملة من المرجحات منها الشهرة وصفات الراوى وموافقة الكتاب.

ولكن يرد عليه اولا-ان ماذكره من ان مخالفة العامة من المرجحات بعد فقد جملة من المرجحات الاخر وان كان حقا- لكنه ينافى مسلكه من اول كتاب الطهارة الى هنا حيث ان بنائه على حمل النصوص التى لامعارض لها على التقية اذا وافقت العامة وثانيا-ان ما ذكره من ان راوى روايات الهدم انما هو رفاعة خاصة غير صحيح- فان عبدالله بن عقيل يرويه عن امير المؤمنين عليه السلام وليس خبره مقطوعا وقد تقدم رواية اسحاق ابن جرير ايضا - وثالثا - ان كون القائل الامام المتاخر من المرجحات غير ظاهر ورابعا ان الشهرة التى تكون اول المرجحات هى الشهرة الفتوائية لا الروائية فانها التى توجب كون الخبر مما لاريب فيه والا فالرواية التى يرويها الجميع ولايعملون بها فيها ريب قطعا-ومن الواضح ان الشهرة الفتوائية على طبق روايات الهدم فيتعين تقديم تلك الاخبار- اضف الى جميع ذلك ان النصوص الكثيرة الصحيحة التى هى بمرىء من الفقهاء والاساطين ومسمع منهم-اذا اعرضوا عنها تسقط عن الحجية قطعا-فلا اشكال فى ان المعتمد روايات الهدم .

حجية قول المرئة فى التزويج ومضى العدة

بقى فى المقام فروع-١-لاخلاف بين الاصحاب فى حصول التحليل بالذمى كالمسلم لانهم لم يذكروا من شروط المحلل الاسلام فلو كانت الزوجة كتابية والزوج مسلما بناء على ماهو الحق من جواز تزويجها ابتداء - او كان ذميا فاسلم بعد التزويج - وطلقها ثلاثا ثم تزوجها ذمى يحصل التحليل - لاطلاق الادلة من الكتاب والسنة .

٢- المشهور بين الاصحاب انه يقبل قول المرئة اذا ادعت انها تزوجت ومضت

العدة و كان ذلك ممكنا فى تلك المدة فيجوز للزوج الاول تزويجها - وفى الجواهر بل لا اجد فيه خلافا محققا (واستدل له) تارة بما عن المبسوط من ان فى جملة ذلك مالا يعلم الامنها كالوطء وانقضاء العدة - واخرى - بما فى الحدائق من انه من القواعد المقررة عندهم قبول قول من لامنازع له - وثالثة - بما عن الشهيد الثانى فى المسالك قال ربما مات الزوج او تعذر مصادقته لغيبته ونحوها فلو لم يقبل منها ذلك لزم الاضرار بها والحرج المنفيين (ولكن) يرد على الاول انه لا يقتضى تصديقها فى غيرهما كالتزويج والطلاق - ويرد الثانى - انه لم تثبت تلك القاعدة بنحو تشمل المقام بل الثابت خلافها الا ترى انه لم يتوهم احد قبول قول كل من يخبر عن موضوع من الموضوعات الخارجية المترتبة عليها الاحكام بل اعتبروا فيه كونه ثقة بل والتعدد والمقام من هذا القبيل فانها تخبر عن موضوع متعلق بالزوج الاول و هو مكلف بتكليف تحريمى بالنسبة اليه فلا وجه لقبول قولها - نعم بناء على ما ذكرناه من حجية خبر الواحد الثقة فى الموضوعات فى غير باب المرافعات الاظهر قبول قولها اذا كانت ثقة كما هو مفاد النص الخاص الاتى - ويرد على الثالث - عدم لزوم الضرر والحرج من المنع عن تزويج شخص خاص اياها .

فالحق ان يستدل له مضافا الى ما عرفت بصحيح (١) حماد عن ابى عبد الله عليه السلام فى رجل طلق امرأته ثلاثا فبانت منه فاراد مراجعتها فقال لها انى اريد مراجعتك فتزوجى زوجا غيرى فقالت له قد تزوجت زوجا غيرك وحللت لك نفسى ايصدق قولها ويراجعها وكيف يصنع قال عليه السلام اذا كانت المرئة ثقة صدقت فى قولها - وهذا الخبر موافق للقاعدة التى اشرنا اليها (فما) فى الجواهر من الغاء الشرطية عن المفهوم لانه لا مدخلية لوثاقة المدعى من حيث كونه كك فى تصديقه - غير تام - ويشهد به ايضا النصوص الدالة على تصديق النساء فى عدم الزوج اوخلوها منه بموت او نحوه كالصحيح (٢) المروى

---

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب اقسام الطلاق حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب المتعة حديث ١

عن ميسر قلت لابى عبدالله عليه السلام القى المرئة فى الفلاة التى ليس فيها احد فاقول لها الك زوج فتقول لا فاتزوجها قال عليه السلام نعم هى المصدقة على نفسها ـ ونحوه خبر(١) ابان بن تغلب عنه عليه السلام ـ ومو ردهما وان كان الاخبار عن عدم الزوج الاان مقتضى اطلاق الجواب (هى المصدقة فى نفسها) قبول قولها فى التزويج ايضا ـ فما ـ فى الجواهر من ان قبول قولها فى الخلو من الزوج لايقتضى قبوله فى حصول التزويج ـ فى غير محله ـ لان العبرة بعموم الجواب لابخصوص المورد (ثم انهما) صريحان فى انها مصدقة وان لم يعلم كونها ثقة ـ للتصريح فى خبر ابان بانى لاآمن ان تكون ذات بعل اومن العواهر ـ فيحمل صحيح حماد بقرينتهما على استحباب الاجتناب ان لم تكن ثقة .

ثم انه اذا عينت المحلل فكذبها فى اصل النكاح ـ فعن الشهيد الثانى احتمال تصديقها فى التحليل وان لم يثبت عليه موجب الزوجية لوجود المقتضى لقبول قولها مع تكذيبه وهو امكان صدقها مع تعذر اقامة البينة على جميع ماتدعيه ومجرد انكاره لايمنع صدقها فى نفس الامر وعدمه ـ واورد عليه صاحب الحدائق بان قبول قولها انما هو حيث لامعارض لها فى دعواها والا كانت المسألة من قبيل مسألة المدعى والمنكر ـ ويجب فيهاما يجب ثمة وبعد ثبوت احد الامرين يترتب عليه الحكم المناسب للمقام من التحليل وعدمه (وفيه) ان اعمال قواعد المدعى و المنكر انما هو بالنسبة اليها مع خصمها لابالنسبة الى غيره فلاينا فى ذلك قبول قولها بالنسبة الى غير الخصم فلا مانع من الاخذ باطلاق النصوص ـ مع ان التكذيب اعم منه اذ يمكن فرضه مع عدم الدعوى بل كان ذلك مجرد التكذيب لهما فما افاده الشهيد اظهر .

حكم اختلاف المحلل والمرئة فى الاصابة وعدمها

٣ـ اذا اتفق المحلل والمرئة على الاصابة بعد دخول المحلل فلا كلام فى انها تحل للزوج الاول ـ وان كذبها فعن الشيخ فى المبسوط انه يعمل الاول بما يغلب على ظنه

---

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب المتعة حديث ١

من صدقها اوصدق المحلل - واستدل له بان الفرض تعذرالبينة والظن مناط الاحكام الشرعية غالبا فيرجع اليه - وفيه انه لادليل على حجية الظن خصوصا في الموضوعات فهو لايغني من الحق شيئا - وفي الشرايع ولو قيل يعمل بقولها على كل حال كان حسنا لتعذر اقامة البينة - وعن القواعد انه الاقرب - وعن المسالك انه الاقوى - واورد عليهم صاحب الحدائق بماذكره في الفرع السابق - والجواب عنه ماعرفت - واورد عليهم صاحب الجواهر ره بان كلامنهما يؤتمن عليه ولذا يصدق كل منهما فيه مع عدم معارضة الاخر ومع التعارض يشكل ترجيح احدهما على الاخر من دون مرجح - وفيه - ان مقتضى اطلاق النصوص قبول قولها في حصول التحليل وهذا لاينافي عدم قبول قولها في وجوب تمام المهر على الثاني فليكن في ذلك القول قول المحلل فان قيل ان النصوص غير متعرضة لتصديقها في دعوى الوطء قلنا اولا - ان مقتضى اطلاق قوله هي المصدقة في نفسها ذلك - و ثانيا - انه يستفاد قبول قولها في ذلك مما دل على قبول قولها في شرطه وهو انقضاء العدة وسببه وهو الزوجية - مع انه يمكن ان يقال مع فرض خلائه بها يشمله النصوص (١) الدالة على ان خلائه بها دخول الموجب لثبوت تمام المهر كما مر في محله .

٤ - لو وطئها المحلل وطئا محرما شرعا كالوطء في حال الاحرام او في الصوم الواجب او في حال الحيض فهل يحصل التحليل كما هو المشهور بين الاصحاب ام لا كما عن الشيخ وابن الجنيد - وجهان اظهرهما الاول لانه لم يعلق الحلية الا على العقد الدائم الصحيح والدخول واما اعتبار حلية الدخول وجوازه فلا يدل عليه دليل ومقتضى اطلاق الادلة عدم اعتبارها (واستدل) لماذهب اليه الشيخ بان التحريم معلوم ولادليل على ان هذا الوطء محلل - وبنصوص (٢) ذوق عسيلتها لانها ظاهرة في الذوق المباح لان النبي صلى الله عليه وآله وسلم لايبيح المحرم - وبانه محرم عليه هذا الوطء والنهي يدل على فساد

(١) الوسائل باب ٥٥ من ابواب المهور
(٢) الوسائل باب ٧ من ابواب اقسام الطلاق

المنهي عنه - وبان الاباحة تعلقت بشرطين بالنكاح والوطء ثم ان النكاح ان كان محرما لايحل للاول وكذلك الوطء (وفي الكل نظر) اما الاول فلان اطلاق الادلة يدل على كونه محللا - واما الثاني - فلانا لاندعي اباحة ذلك الوطء حتى يقال ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم لايبيح المحرم بل ندعي انه حرام محلل للزوجة على الزوج الاول و تلك النصوص لاتتضمن الامر بذوق العسيلة كي يقال ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم لايامر بالمحرم بل متضمنة لحكم وضعي وهو الحلية على فرض ذوق العسيلة - وترتب احكام وضعية على افعال محرمة كايقاب الغلام بالنسبة الى حرمة امه وغيرها والزنا بالنسبة الى بعض من ينتسب بها وما شاكل غير عزيز - واما الثالث فلان النهي لايدل على الفساد في غير العبادات واما الرابع فلمنع اعتبار جواز النكاح تكليفا بل المعتبر صحته لا اباحته مع - ان اسراء ذلك لو ثبت فيه الى الوطء قياس لانقول به - فالاظهر انه موجب لحصول الحلية واولى من ذلك في حصول الحلية ما الوطئها في ضيق وقت الصلاة فانه ح لايكون منهيا عنه - وعلى فرضه يكون نهيا عرضيا لا استقلاليا .

الرجعة تقع بالقول والفعل

المسألة الثانية - في الرجعة - وهي بفتح الراء افصح - ولغة المرة من الرجوع واصطلاحا رد المرئة الى النكاح السابق - ولاخلاف بين المسلمين في مشروعيتها - ويشهد بها من الكتاب قوله تعالى (١) « وبعولتهن احق بردهن في ذلك ان ارادوا اصلاحا » اى بردهن الى النكاح والرجعة فيهن ان ارادوا بها الاصلاح لا المضارة بهن وقوله تعالى (٢) « فامساك بمعروف اوتسريح باحسان » والامساك بالمعروف الرجعة وحسن المعاشرة والتسريح باحسان التطليقة الثالثة بعد المراجعة - كما في الخبر وقوله تعالى (٣) « واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن - اى قاربن بلوغ الاجل - فامسكوهن بمعروف اى راجعوهن بقصد المعاشرة بالمعروف - او سرحوهن - اى خلوهن حتى

(١-٢-٣) البقرة آية ٢٢٩و٢٣٠و٢٣١

تنقضي عدتهن ـ ولاتمسكوهن ضرارا ـ اى لاتراجعوهن بقصد الاضرار بهن من غير رغبة فيهن ففي خبر (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام عن قوله تعالى ولاتمسكوهن الخ قال عليه السلام الرجل يطلق حتى اذا كادت ان يخلو اجلها راجعها ثم طلقها يفعل ذلك ثلاث مرات فنهى الله عزوجل عن ذلك و نحوه خبر (٢) الفضلاء عن الصادقين عليهما السلام واما النصوص الدالة عليها فهي مستفيضة بل متواترة معنى سياتي جملة منها ـ وتمام الكلام في هذه المسألة بالبحث في جهات.

١ ـ لااشكال ﴿و﴾ لاخلاف في انه ﴿تصح الرجعة نطقا﴾ كقوله راجعتك وارتجعتك مطلقا اومع اضافة قوله الى نكاحي ونحو ذلك من الالفاظ الدالة على انشاء المعنى المزبور بانفسها اومع القرائن كانت الدلالة بالصراحة اوبالكناية على حسب غيرها من المعاني التى يراد ابرازها بالالفاظ الدالة عليها ـ ويعتبر فيها قصد المعنى ـ والافلو تلفظ باحد هذه الالفاظ سهوا اوغلطا اوفي حال النوم وماشا كل لايتحقق الرجعة لانها من الامور الاعتبارية والمنشآت كانت من قبيل الايقاع واقسامه ـ ام من حقوق المطلق ـ فلامعنى لتحققها بدون القصد (فما) عن الروضة بعد ذكر الالفاظ الصريحة من انه لايفتقر الى نية الرجعة لصراحة الالفاظ (اريد به) انه لايحتاج الى ازيد من قصد مدلول اللفظ الصريح ـ ولذا قال بعد ذلك وقيل يفتقر اليها في الاخيرين ـ اى رددتك وامسكتك لاحتمالهما غيرها كالامساك باليد وفي البيت ونحوه ـ وهو حسن.

﴿و﴾ كذا لاخلاف في انها تصح ﴿فعلا﴾ كالوطء والتقبيل واللمس بشهوة اوبدونها ونحو ذلكم ـ انما الخلاف في انه هل يعتبر في حصولها بالفعل قصد الرجعة فلا عبرة به سهواً او غفلة اومع قصد عدم الرجعة اولا معه مع عدم قصد الرجعة كما في الرياض والحدائق ـ ام لايعتبر ذلك كما عن ظاهر المصنف ره في القواعد والمحقق في الشرايع ـ وعن صريح التحرير انه لاحاجة الى نية الرجعة اذا تحقق القصد الى الفعل بالمطلقة و ان كان ذاهلا عن الرجعة بل عن كشف اللثام احتمال ذلك حتى مع نية خلافها.

(١-٢) الوسائل باب ٣٤ من ابواب اقسام الطلاق حديث ٢-٣

اقول مقتضى القاعدة هو اعتبار قصد الرجوع فان الرجوع امر وجودي اعتباري يؤثر في رفع اثر الطلاق ولامعنى لتحققه من دون قصد.

وقد استدل لعدم اعتباره - تارة بانها مادامت في العدة زوجة كما في النص الاتي فله ان يفعل بها ماشاء وان لم يقصد الرجوع فالافعال بانفسها رجوع وان لم يقصد بها ذلك لادالة عليه كما في الجواهر - واخرى باطلاق النص - وهو صحيح(١) محمد ابن القاسم قال ابو عبدالله عليه السلام من غشى امرأته بعد انقضاء العدة جلد الحد وان غشيها قبل انقضاء العدة كان غشيانه اياها رجعة لها - ولكن يرد على الاول ان غاية مايثبت بما افيد اباحة الافعال من قبيل الوطء وغيره لا كونها رجوعاً مانعا عن تاثير الطلاق في البينونة بمضي العدة - واما النص فهو يدل على ذلك الا انه مختص بالوطء ويدل على انه بدون قصد الرجوع رجعة والتعدى الى غيره من الافعال يتوقف على وجود دليل - اللهم الا ان يتمسك بعدم القول بالفصل - ويمكن ان يقال ان حقيقة الرجوع الذى جعل موضوعا للحكم لها معنى عام شامل لانشاء العود الى النكاح او ترتيب اثر من آثار الزوجية فيكون الوطء مثلا بنفسه رجوعا لانه اثر من آثار الزوجية وعليه فكل فعل من الافعال التى يكون جوازها معلقا على الزوجية اذا وجد عن قصد الى ذلك الفعل لا ما لوصدر بلاقصد او بظن انها غير المطلقة يكون بنفسه مصداقا للرجوع لانه دال عليه الا ان يقال ان المتيقن من الرجوع الموضوع للاحكام رد النكاح وفسخ الطلاق - وعلى كل حال الوطء بنفسه رجوع مطلقا.

وبذلك يظهر - ما - في ما افاده الشهيد الثاني ره من انه لو اوقع الوطء بقصد عدم الرجوع او مع عدم قصد الرجوع فعل حراما لانفساخ النكاح بالطلاق وان كان رجعياً لان فائدة الرجعى جواز الرجوع فيه لابقائه بحاله والا لم تبن بانقضاء العدة الى ان قال ثم ان لم يراجعها فعليه مهر المثل لظهور انها بانت بالطلاق - فانه يرد عليه اولا - ان النص دل على ان الوطء بنفسه رجعة فلايكون حراما ولاموجباً لثبوت مهر

---

(١) الوسائل باب ٢٩ من ابواب حد الزنا حديث١

المثل - وثانيا - انه في خبر (١) محمدبن مسلم عن الباقر عليه السلام هي امرأته مالم تنقض العدة ونحوه غيره - وهي تدل على جواز ترتيب آثار الزوجية منها الوطء - كما - ان بقية احكام الزوجية مترتبة عليها مادامت في العدة - كوجوب النفقة والسكنى - وعدم جواز تزويج اختها - وعدم جواز تزويج الخامسة ان كانت هي احدى الاربع - و ثبوت الرجم ان زنت وما شاكل من الاحكام (وبالجملة) دلت النصوص على انها زوجة ما لم ينقض العدة و ان بانقضائها تبين فلا يكون وطئها حراماً و لا موجبا لثبوت مهر المثل.

انكار الطلاق رجوع

٢ - المشهور بين الاصحاب انه لو انكر الزوج الطلاق في العدة كان ذلك رجعة - وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه - واستدل له المحقق في الشرايع بانه يتضمن التمسك بالزوجية - وعن الشهيد الثاني الاستدلال له بانه ابلغ من الرجعة بالفاظها المشتقة منها لدلالتها على رفعه في غير الماضي ودلالة الانكار على رفعه مطلقا - واورد عليهما بان الرجعة مترتبة على الطلاق وتابعة له وانكاره يقتضي انكار التابع فلا يكون رجعة والا لكان الشيء سببا للنقيضين.

وفيه - ان حقيقة الرجوع انما هي التمسك بالزوجية وقصد ابقائها - وهي كما تتحقق بانشاء الرجوع و بفسخ الطلاق و ايجاد المانع عن تأثيره كذلك تتحقق بدعوى انها زوجته وانكار الطلاق معناه ذلك - فليس الرجوع مطلقا تابعا للطلاق فلا يكون انكاره انكار الرجوع بل هو مصداق الرجوع - ويشهد للحكم مضافا الى ذلك صحيح (٢) ابي ولاد عن ابي عبدالله عليه السلام قال سئلته عن امرأة ادعت على زوجها انه طلقها تطليقة طلاق العدة طلاقاً صحيحاً يعني على طهر من غير جماع واشهد لها

---

(١) الوسائل باب ١٣ من ابواب اقسام الطلاق حديث ٦

(٢) الوسائل باب ١٤ من ابواب اقسام الطلاق حديث ١

شهودا على ذلك ثم انكر الزوج بعد ذلك فقال عليه السلام ان كان انكار الطلاق قبل انقضاء العدة فان انكاره للطلاق رجعة لها - و ان كان انكر الطلاق بعد انقضاء العدة فان على الامام ان يفرق بينهما بعد شهادة الشهود بعد ان تستحلف ان انكار الطلاق بعد انقضاء العدة وهو خاطب من الخطاب- ثم ان مقتضى اطلاق النص -بل ما ذكرناه من ان انكار الطلاق لكونه تمسكاً بالزوجية بنفسه رجعة- انه يحصل الرجعة به ولو مع ظهوره ان الباعث عليه عدم التفطن الى وقوع المنكر واذكره لم يرجع - فما- فى الرياض من انه مشكل للقطع بعدم قصد الرجعة ح وهو معتبر اجماعا وتنزيل النص على ذلك بعيد لبعد شموله لمثل ذلك- غير تام- فان قصد بقاء الزوجية قصد للرجوع لما عرفت من ان حقيقته قصد ابقاء الزوجية.

لا يجب الاشهاد فى الرجعة

٣- لاخلاف ﴿و﴾ لااشكال فى انه ﴿لايجب فيها الاشهاد﴾ بل هو مستحب لدلالة جملة من النصوص عليه- كصحيح (١) الحلبى عن ابى عبدالله عليه السلام فى الذى يراجع ولم يشهد قال عليه السلام يشهد احب الى ولا ارى بالذى صنع باسا- وصحيح (٢) الفاضلين زرارة ومحمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام ان الطلاق لايكون بغير شهود وان الرجعة بغير شهود رجعة و لكن ليشهد بعد فهو افضل ونحوهما غيرهما.

٤- رجعة الاخرس بالفعل - وبالاشارة الدالة على المراجعة- كما فى غيره- وفيه فى ساير عقوده وايقاعاته -وما- قيل من ان الصدوقين ذهبا الى اختصاص ذلك باخذ القناع عن رأسها - واضح الفساد لعدم دليل عليه- ومافى النافع- وفى رواية ياخذ القناع مضافاً الى عدم عثور الاساطين عليها (٣) يرد عليه انها لاتدل على الحصر فلاتنافى

(١-٢) الوسائل باب ١٤ من ابواب اقسام الطلاق حديث ٢-٣

(٣) نعم فى رسالة ابن بابويه الى ولده اذا اراد مراجعتها كشف القناع عنها يرى انها قدخلت ونحو ذلك فى كتاب المقنع لابنه .

مع اطلاق الادلة فلااشكال فی الحكم.

٥ - نسب الشهيد الثانی الی الشيخ واتباعه والمتاخرين انه ان قال راجعتك اذاشئت اوان شئت لم يصح ولو قال شئت - وفی الشرايع فيه تردد - ولكن حيث عرفت فی الطلاق وفی النكاح انه لادليل علی مبطلية التعليق للعقود والايقاعات الا الاجماع والنص فی بعض الموارد - والمتيقن من الاجماع غير الرجعة التی لا يعتبر فيها سوی التمسك بالزوجية و لايشترط فيها الانشاء والايقاع - والنص مفقود فيها فالاظهر هو الصحة -.

٦- ولو طلقها رجعيا ثم راجعها فی الاحرام جاز لان الزوجة لم تخرج عن زوجيته بالطلاق فالرجوع لايكون ابتداء النكاح كی لايجوز فی حال الاحرام.

٧ - ولو طلقها رجعيا فارتدت فراجع - فالمشهور بين الاصحاب عدم صحة الرجعة - وتردد فيها المصنف ره والمحقق وغيرهما - وعن المسالك بناء المسألة علی ان الطلاق رافع لحكم الزوجية رفعا متزلزلا يستقر بانقضاء العدة اوان خروج العدة تمام السبب فی زوال الزوجية - اقول الحق ان يقال بعد ماعرفت فی هذا المبحث من ان المطلقة لاتخرج عن حبالة الزوج بالطلاق - بل الجزء الاخير للسبب هو انقضاء العدة - وان الرجوع ليس تجديدا للنكاح بل هو مانع عن تاثير الطلاق فی البينونة - وبعد ما عرفت فی مبحث ارتداد الزوجة انها انما تخرج بالارتداد عن الزوجية اذا لم تسلم فی العدة والافلاتخرج بهعنها لابد من البناء علی صحة الرجوع مراعاة بالاسلام فان اسلمت صحت الرجعة والا انكشف عدم صحتها كما لايخفی - وبذلك يظهر حكم ما لوفرض ارتداد الزوج عن ملة - ولعل ما عن القواعد من ان الاقرب جواز الرجوع يرجع الی ما ذكرناه - والا فمع عدم اسلامه - او اسلامها - فی العدة يظهر مصادفة الرجعة محلا غير قابل للرجوع لانفساخ النكاح الكامل فضلا عن علقته - ولذا تبين منه لولم تكن مطلقة - ودليل صحة الرجوع انما يدل عليها مع انحصار سبب الفسخ فی الطلاق لامع فرض حصول سبب آخر له.

فى قبول قول المرئة بانقضاء العدة

٨- ﴿و﴾ المعروف بين الاصحاب -انه ﴿يقبل قول المرئة فى انقضاء العدة بالحيض﴾ فى زمان يمكن فيه ذلك واقله ستة وعشرون يوما ولحظتان - احداهما - بعد وقوع الطلاق والاخرى للخروج عن العدة اولتحقق الطهر الثالث - وتصوير ذلك ان يطلق وقد بقى من الطهر لحظة ثم تحيض اقل الحيض ثلاثة ايام ثم تطهر اقل الطهر عشرة ايام - ثم تحيض اقل الحيض ثم تطهر عشرة ايام ثم تحيض - و قد يتفق الاقل نادراً بثلاثة وعشرين يوما و ثلاث لحظات بان يطلقها بعد الوضع وقبل رؤية دم النفاس المعدود بحيضة ولا حد لاقله بلحظة ثم تطهر عشرة ثم تحيض ثلاثة ثم تطهر عشرة ثم ترى الحيض لحظة .

ويشهد لقبول قولها فيه صحيح (١) زرارة او حسنه عن ابى جعفر عليه السلام - الحيض والعدة للنساء اذا ادعت صدقت - وصحيحه (٢) الاخر عنه عليه السلام العدة والحيض الى النساء - وخبر (٣) الطبرسى عن ابى عبدالله عليه السلام فى قوله تعالى ولايحل لهن ان يكتمن ماخلق الله فى ارحامهن قال قد فوض الله الى النساء ثلاثة اشياء الحيض والطهر والحمل - ثم ان مقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين دعوى المعتادة وغيرها - و بين المتهمة وغيرها - وعن الشهيد فى اللمعة عدم قبول دعوى غير المعتادة من المرئة الا بشهادة اربع نساء مطلعات على باطن امرها - وفى الجواهر ولم نعثر الا على المرسل عن امير المؤمنين عليه السلام انه قال فى امرئة ادعت انها حاضت فى شهر واحد ثلاث حيض انه يسئل نسوة عن بطانتها هل كان حيضها فيما مضى على ما ادعت فان شهدن صدقت والا فهى كاذبة - اقول انه ليس مرسلا بل رواه (٤) الشيخ باسناده عن احمد بن محمد عن البرقى عن النوفلى عن السكونى

(١-٣) الوسائل باب ٢٤ من ابواب العدد حديث ١-٢

(٢) الوسائل باب ٤٧ من ابواب الحيض حديث ٢ كتاب الطهارة

(٤) الوسائل باب ٢٣ من ابواب الشهادات حديث ٣٧

عن جعفر عن ابیه عن امیر المؤمنین عليه السلام و لیس فی السند من یتوقف فیه سوی السکونی والنوفلی- وقد ذکرنا فی هذا الشرح فیما تقدم انهما موثقان - فالروایة مسندة معتبرة - وبه یظهران مافی الریاض و عن المسالك من انهـا ضعیفة السند فی غیر محله.

وفی الحدائق انها معارضة بماهوا کثرعددا واصح سندا واصرح دلالة -فیتعین حملها علی المتهمة (وفیه) انه لاتعارض بینهما فان هذا الخبراخص من ما تقدم فلا یلاحظ المرجحات بل یقدم هذا ودعوی اصرحیة الدلالة - غیرظاهرة - وعن الشیخ فی کتابی الاخبار حمله علی المتهمة جمعا بین الاخبار- ولکنه تبرعی بل مقتضی حمل المطلق علی المقید تقدیم الخبرعلی تلك النصوص وتقیید اطلاقها به کما فعله الشهید ره - فان قیل انه لیس فی الخبر تصریح باربع نساء - قلنا انه متضمن لتکلیف نسوة من بطانتها واقل الجمع ثلاثة وحیث انه فی باب الشهادة لم نرموردا اکتفی فیه بثلاث نساء فیقال باعتبار الاربع - ولکن الذی یوجب التوقف فی الحکم اعراض الاصحاب عن هذا الخبر وعدم عملهم به حتی قال سید المدارك ان العموم مقطوع به فی کلام الاصحاب - ولذلك لابأس بحمل الخبرعلی الاستحباب والاولویة فللحاکم ان یحکم بما تدعیه وان کانت غیر معتادة - وله ان یستظهر بطلب نسوة تشهد لها بذلك وان کان میزانه الحکم لها مع فرض عدم من یشهد لها - بل ومع من یشهد بان عادتها علی خلاف ماذکرت لامکان اختلاف العادة- وایضاً لافرق فی قبول دعواها بین ان یکون لهامقابل ورادلدعواها وبین مالولم یکن فان مقتضی اطلاق النصوص قبول دعواها مطلقا.

ویمکن ان یخصص الحکم بغیرالمتهمة لعموم العلة فی النصوص (۱) الدالة علی انه لوخلا الرجل بالمرئة وادعت عدم الوطء لایقبل قولها اذا کانت متهمة - بانها ترید ان تدفع العدة عن نفسها - اللهم الا ان یقال انها فی مورد یکون قولها

---

(۱) الوسائل باب ۵۵ من ابواب المهور

خلاف الظاهر لامطلقا وليس دعواها فيه انقضاء العدة بل عدم الدخول و عدم سماع قولها في ذلك الباب لايلازم عدم سماعه في هذا الباب.

ولو ادعت انقضاء العدة بالاشهر ولم يكن تاريخ الطلاق معلوما ليرجع الى الحساب - فقد صرح جماعة منهم المحقق في الشرايع والشهيد الثاني وغيرهما بانه لايقبل قولها وكان القول قول الزوج - واستدل له بان مرجع هذا الاختلاف في الحقيقة الى الاختلاف في زمان ايقاع الطلاق والقول قوله فيه كما يقدم قوله في اصله - وبانه مع دعوى بقاء العدة يدعى تاخر الطلاق والاصل فيه معه لاصالة عدم تقدمه في الوقت الذي تدعيه - واورد على ذلك - بان الاصلين وان كانا في انفسهما جاريين لكن لو بني على العمل بالاصل في مقابل اطلاق النص كان اللازم العمل باصالة عدم انقضاء العدة و البقاء على الزوجية في الفرع السابق ايضاً - واجاب عنه سيد الرياض بان الاصل هنا ليس اصالة عدم الانقضاء بل اصالة عدم تقدم الطلاق فلاوجه للنقض اصلا (اقول) ان كان الايراد ان نفس ذلك الاصل الجاري في ذلك الفرع يجري في هذا الفرع كان الجواب متينا - ولكن اساس الايراد انه لايعتنى بالاصل في مقابل اطلاق النص وعليه فلافرق بين هذا الاصل واصالة عدم انقضاء العدة - فالاظهر قبول قولها لاطلاق النصوص.

ولو ادعت انقضاء العدة بالوضع صدقت مع الامكان بلاخلاف ولاتكلف بالبينة ولاباحضار الولد - وعن القواعد تصدق حتى لو ادعت الانقضاء بوضعه ميتا اوحيا - ناقصا او كاملا - ويشهد به اطلاق النصوص المتقدمة خصوصا اطلاق قول الصادق عليه السلام تفويض الله تعالى لها الحمل الذي منه هذا.

ولو ادعت ولادة ولد تام في اقل من ستة اشهر ولحظتين لحظة لامكان الوطء ولحظة للولادة - فعن المسالك انه لايقبل قولها لعدم امكانه - وعن القواعد قبول قولها والظاهر ان الثاني اقرب لان مقتضى اطلاق النصوص قبول قولها في اصل الوضع - ولاينافيه عدم امكان خصوص ماتدعيه بعد فرض امكان اصل الوضع و كون الولد ناقصا فلاوجه للتقييد بالامكان في خصوص ماتدعيه ولذا لم يقيده الاصحاب بذلك.

ولوادعت الحمل وانكر الزوج ـ فالمعروف بين الاصحاب ان القول قوله وان احضرت ولدا فانكر ولادتها له ـ واستدل له بامكان اقامة البينة فلا يقبل مجرد قولها فيه ـ وفيه ـ ان مقتضى اطلاق النصوص المتضمنة تفويض الحمل لها وان العدة اليها هو قبول قولها فی الحمل منه وانقضاء العدة بوضعه ـ ودعوى اختصاصها بما اذا كانت حقيقة العدة معلومة انها بالوضع او بالاشهر او بالاقراء دون ما اذا تداعيا فی حقيقتها ـ ممنوعة لعدم القرينة عليه ـ فان ثبت الاجماع والا فالقول قولها .

و لو ادعت بقاء العدة و انكره الزوج للتخلص من النفقة مثلا فالقول قولها لاطلاق النصوص .

ادعاء الزوج الرجوع فی العدة

۹ ـ اذا ادعت المرئة انقضاء العدة فصدقها الزوج او كان الانقضاء معلوما ـ و لكن ادعى الزوج الرجعة قبل ذلك بالقول او الفعل ولم تصدقه المرئة و ادعت عدمها او عدم العلم فان اقام بينة على ذلك قبل قوله والا فلا من غير فرق بين ما لو تزوجت المرئة بعد انقضاء العدة وعدمه .

اما قبول قوله مع اقامة البينة فلثبوت زوجيتها بها كثبوت ساير الموضوعات بها وللنصوص الخاصة كحسن (۱) المرزبان قال سألت ابا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل قال لامرأته اعتدى فقد خليت سبيلك ثم اشهد على رجعتها بعد ذلك بايام ثم غاب عنها قبل ان يجامعها حتى مضت لذلك اشهر بعد العدة او اكثر فكيف تامره قال عليه السلام اذا اشهد على رجعته فهی زوجته ـ وخبر (۲) الحسن بن صالح قال سالت جعفر بن محمد (ع) عن رجل طلق امرأته وهو غائب فی بلدة اخرى واشهد على طلاقها رجلين ثم انه راجعها قبل انقضاء العدة ولم يشهد على الرجعة ثم انه قدم عليها بعد انقضاء العدة وقد تزوجت فارسل اليها انی قد كنت راجعتك قبل انقضاء العدة ولم اشهد فقال (ع) لاسبيل له عليها لانه قد

(۱ـ۲) الوسائل باب ۱۵ من ابواب اقسام الطلاق حديث ۱ـ۳

اقر بالطلاق وادعى الرجعة بغير بينة فلا سبيل له عليها الحديث ونحوهما غيرهما - ومقتضى اطلاقها عدم الفرق بين علمها بالرجعة وعدمه - فما - عن بعض المحدثين من اشتراط صحة الرجعة بعلمها بها فمع عدمه لا تصح - لخبر(١) محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام في حديث وان تزوجت قبل ان تعلم بالرجعة التي اشهد عليها زوجها فليس للذي طلقها عليها سبيل وزوجها الاخير احق بها - واضح البطلان لمعارضة الخبر لما تقدم المرجوح بالنسبة اليه لوجوه غير خفية.

واما عدم قبول قوله بدون البينة - فلخبر الحسن المتقدم - ولاصالة عدم مقتض لانفساخ التعليق الذي هو سبب البينونة - الحاكمة على اصالة بقاء الزوجية بناء على ماهو الحق من انها زوجة مادامت في العدة.

ولو راجعها فادعت هي بعد اعترافها بتحقق الرجعة انقضاء العدة قبل الرجعة فالرجعة واقعة في غير محلها - فالمصرح به في جملة من الكلمات ان القول قول الزوج اذ الاصل صحة الرجعة فقول مدعيها ح يقدم على قول مدعي الفساد - ولكن الاظهر تقدم قولها لاطلاق نصوص ان العدة اليها - ودعوى انها تدل على ان نفس العدة اليها انقضاء او بقاء - ولا تدل على ان احوالها اليها وفي المقام لا خلاف في انقضاء العدة انما الخلاف في ان الانقضاء كان قبل الرجعة او بعدها فذلك ليس اليها - مندفعة - بان مقتضى اطلاق الاخبار ان امر العدة اليها مطلقا حتى بالنسبة الى احوالها - فان قيل - ان اعترافها بالرجعة يقتضي الحكم عليها بها لاصالة الصحة - قلنا انها تعترف بالرجعة الفاسدة لا الصحيحة ولا القابلة لكل منهما فلا اثر لاعترافها ولا ينافي ما تقدم - بل يمكن الاستدلال بعموم العلة في خبر الحسن المتقدم لانه قد اقر بالطلاق وادعى الرجعة بغير بينة فلا سبيل له عليها - فان المراد بالرجعة فيه الرجعة الصحيحة فاطلاقه يشمل المقام - وبذلك يندفع ما يقال انه في مورد عدم ثبوت الرجعة وهي في المقام ثابتة فان الذي ثبت ليس هو الرجوع الصحيح وثبوت الجامع بين الصحيح والفاسد كالعدم.

---

(١) الوسائل باب ١٥ من ابواب اقسام الطلاق حديث ٢

في طلاق المريض

المسألة الثالثة - في طلاق المريض - وقد طفحت كلماتهم بانه ﴿يكره طلاق المريض ويقع ولكن ترثه المرئة وان كان بائنا الى سنة الى مالم يمت بعدها ولو بلحظة اوتتزوج هي اويبرأ من مرضه وهو يرثها في الرجعي في العدة﴾ وتحقيق الكلام في هذه المسألة يقتضي البحث في فروع -١- المشهور بينهم كراهة طلاق المريض زيادة على كراهة اصل الطلاق وفي الجواهر بل لم يتحقق الخلاف في ذلك وان حكى التعبير بلفظ لايجوز عن المقنعة و التهذيب و لايجوز طلاق يقطع الموازنة بينهما عن الاستبصار الا انه يمكن ارادتهما من ذلك الكراهة - والاصل في هذا الحكم اخبار لاحظ موثق(١) عبيد بن زرارة عن ابي عبدالله عليه السلام لايجوز طلاق المريض ويجوز نكاحه - وموثق(٢) زرارة عنه عليه السلام ليس للمريض ان يطلق وله ان ينكح - وصحيحه (٣) الاخر عن احدهما عليهما السلام ليس للمريض ان يطلق وله ان يتزوج الحديث و نحوها غيرها وظاهر هذه الاخبار هو عدم الصحة لكون النهي ظاهرا في الارشاد الى الفساد في غير العبادات - الا انه لابد من رفع اليد عنها لما سياتي من النصوص المصرحة بالصحة وعليه فيدور الامر بين حملها على ارادة الحرمة التكليفية منها او الكراهة اوعلى ارادة عدم مضي تمام حكم الطلاق على طلاقه لما ستعرف من انها ترثه وان انقضت عدتها الى سنة - ولعل الاخير اقرب الى ظاهر النهي وعليه فلا دليل على الكراهة سوى اتفاق الاصحاب عليها - ومافي الجواهر من ظهور النهي في نفسه في الحرمة الا انه يحمل على الكراهة لمعارضته بالنصوص المستفيضة والمتواترة التي ستمر عليك جملة منها التي فهم الاصحاب منها الصحة بلا اثم ولو بقرينة مافي صحيح(٤) الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام عن الرجل يحضره الموت فيطلق امراته ايجوز طلاقه قال عليه السلام نعم وان ماتت لم يرثها - يرد عليه

(١-٢-٣) الوسائل باب ٢١ من ابواب اقسام الطلاق حديث ٣ -٤- ١

(٤) الوسائل باب ٢٢ من ابواب اقسام الطلاق حديث ٢

اولا ماتقدم من ظهور النهي في عدم الصحة- وثانيا ان صحيح الحلبي اما غير مربوط بالمقام لعدم فرض الطلاق فيه في حال المرض او يكون اعم من تلك النصوص فيقيد بها- وعلى فرض كون النسبة هو التباين فهما متعارضتان لايمكن الجمع بينهما بوجه - ضرورة تعارض نعم في جواب ايجوز- مع قوله فيها لايجوز- والجمع بماذكر ليس عرفياً- وهل يختص الكراهة بما اذالم تطالب هي للطلاق الظاهر ذلك لانه المتيقن من معقد الاجماع.

٢- انه لوطلق يصح طلاقه- والظاهر انه لاخلاف فيه حتى من القائل بعدم الجواز والنصوص الاتية شاهدة به.

٣- انه يرث زوجته مادامت في العدة الرجعية اجماعا كما حكاه جماعة - واستدل له مضافا الى معلومية كونها كالزوجة في باقي الاحكام- بصحيح (١) زرارة عن ابي جعفر عليه السلام اذا طلق الرجل امرأته توارثا ما كانت في العدة فاذا طلقها التطليقة الثالثة فليس له عليها رجعة ولاميراث بينهما- وصحيح (٢) محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام اذا طلقت المرئة ثم توفى عنها زوجها و هي في عدة منه لم تحرم عليه فانها ترثه ويرثها مادامت في الدم من حيضتها الثانية من التطليقتين الاولتين فان طلقها الثالثة فانها لاترث من زوجها شيئا ولايرث منها- وموثق (٣) زرارة عنه عليه السلام عن الرجل يطلق المرئة فقال عليه السلام يرثها وترثه مادام له عليها رجعة ونحوها غيرها- و اورد على ذلك بان صحيح الحلبي المتقدم دال على انه لا يرثها اذا طلق في حال المرض و حمله على الطلاق البائن ينافيه قوله عليه السلام قبل ذلك فان مات ورثته ذكره السيد في محكي المدارك والمحقق السبزواري- وفيه اولا ان الصحيح انما هو في الطلاق عند حضور الموت لافي المرض وعلى فرض كون المراد به المرض فهو مختص بالمريض الذى حضره الموت -ولو بنى على عدم الفرق بينه وبين المريض الذى لم يحضره الموت كانت النسبة بينه و بين النصوص المتقدمة عموما من وجه

(١-٢-٣) الوسائل باب ١٣ من ابواب ميراث الازواج حديث ١٠-١-٤

لانها شاملة لطلاق المريض وغيره وهذا يختص بالمريض وهو يشمل الطلاق البائن والرجعي وهي مختصة بالرجعي فيتعارضان في طلاق المريض ان كان رجعيا - وحيث ان المختار في تعارض العامين من وجه هو الرجوع الى اخبار الترجيح فيرجع اليها وهي تقتضي تقديم نصوص الارث لانها اشهر واصح سندا واكثر عددا - ودعوى انه من جهة ما في صدره من انه ان مات ورثته يختص بالرجعي فيكون اخص من نصوص الباب - مندفعة بما سيأتي من ان المرئة ترثه حتى في الطلاق البائن فالاظهر انه يرثها لو ماتت في العدة الرجعية.

ثم انه على ما ذكرناه من ان الصحيح مختص بحال حضور الموت يجري فيه ما ذكرناه من كون النسبة هي العموم من وجه وتقدم هذه النصوص كما لا يخفى.

ثم ان المحكي عن الشيخ في النهاية وابن حمزة في الوسيلة وغيرهما انه يرثها - في العدة البائنة كالرجعية - ولكن المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة انه لا يرثها فيها بل عن المبسوط نفي الخلاف فيه وعن الخلاف الاجماع عليه - ومنشأ الاختلاف اختلاف الاخبار - فان طائفة منها تدل على اختصاص ارث الزوج بموتها في العدة الرجعية كالنصوص المتقدمة - وطائفة ثانية تدل على ثبوت الارث لو ماتت في العدة مطلقا - وهي متعددة لاحظ صحيح (١) زرارة عن احدهما عليهما السلام قال المطلقة ترث وتورث حتى ترى الدم الثالث فاذا رأته فقد انقطع - وخبر (٢) محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام ايما امرأة طلقت فمات عنها زوجها قبل ان تنقضي عدتها فانها ترثه ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها وان توفيت في عدتها ورثها الحديث ونحوهما غيرهما - ومن الغريب ان صاحب الجواهر ادعى انه لا يدل على ذلك الاخبر نقله من غير ان يذكر راويه - وكيف كان فطائفة ثالثة تدل على ثبوت الارث في خصوص العدة البائنة

(١-٢) الوسائل باب ١٣ من ابواب ميراث الازواج حديث ٣-٨

كخبر (١) عبدالرحمان عن موسى بن جعفر عليهما السلام عن رجل يطلق امرأته اخر طلاقها قال عليه السلام نعم يتوارثان في العدة ـ وخبر (٢) يحيى الازرق عن ابي الحسن عليه السلام المطلقة ثلاثا ترث وتورث مادامت في عدتها .

ولكن الطائفة الثانية يقيد اطلاقها بالاولى المصرحة بانه مع عدم كون العدة رجعية لايورثها ـ واما الطائفة الثالثة فهي غير مختصة بالمريض فتعارض مع الطائفة الاولى والترجيح معهامن وجوه منها عدم افتاء احد بمضمون هذه حتى الشيخ واتباعه فانهم لم يلتزموا بثبوت الميراث في العدة البائنة مطلقا ـ و الجمع بحمل هذه على المريض تبرعي لاشاهد به ـ نعم يمكن توجيه ذلك بانه من جملة نصوص اختصاص الارث بالعدة الرجعية ـ صحيح (٣) الحلبي عن الصادق عليه السلام اذا طلق الرجل وهو صحيح لارجعة له عليها لم يرثها وبناء على ماهو الحق من ان كل قيد اخذ في القضية الشرطية كان لها مفهوم بالنسبة اليه ـ ومن القيود لعدم الارث منها في الخبر الصحة فمفهومه انه يرثها ان كان مريضا وطلقها بالطلاق البائن ـ وهو اخص من الطائفة الاولى فتخصص به ـ فما افاده الشيخ وتابعوه اقوى ـ ولم ار من استدل بهذا الصحيح لهذا القول .

في توريث المطلقة في حال المرض

٤ـ لاخلاف ولااشكال في انها ترثه سواء كان طلاقها بائنا او رجعيا مابين الطلاق وبين سنة لازيد ولو لحظة مالم تتزوج او يبرأ من مرضه الذي طلقها فيه ـ وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه ويشهد به نصوص مستفيضة ـ كصحيح (٤) ابي العباس عن ابي عبدالله عليه السلام قال اذا طلق الرجل المرئة في مرضه ورثته مادام في مرضه ذلك وان انقضت عدتها الا ان يصح منه قال قلت فان طال به المرض فقال عليه السلام مابينه و بين سنة ونحو صحيحه (٥) الاخر عنه عليه السلام ـ وموثقه (٦) عنه عليه السلام قال قلت له رجل طلق

(١ـ٢ـ٤ـ٥ـ٦) الوسائل باب ٢٢ من ابواب اقسام الطلاق حديث ١٢ ـ١٣ـ١ـ١١ـ٨

(٣) الوسائل باب ١٣ من ابواب ميراث الازواج حديث ٢

امرأته وهو مريض تطليقة وقد كان طلقها قبل ذلك تطليقة قال عليه السلام فانها ترثه اذا كان في مرضه - قلت فماحد ذلك قال عليه السلام لايزال مريضا حتى يموت وان طال ذلك الى سنة وخبر (۱) عبيد بن زرارة عنه (ع) عن رجل طلق امرأته وهو مريض حتى مضى لذلك سنة قال عليه السلام ترثه اذا كان في مرضه الذي طلقها لم يصح بين ذلك - ومرسل (۲) ابان - الذي روى عنه ابن ابي عمير بسند صحيح عن رجل عن الصادق عليه السلام انه قال في رجل طلق امرأته تطليقتين في صحة ثم طلق التطليقة الثالثة وهو مريض انها ترثه مادام في مرضه وان كان الى سنة - وخبر (۳) الحذاء وابي الورد كليهما عن الباقر عليه السلام اذا طلق الرجل امرأته تطليقة في مرضه ثم مكث في مرضه حتى انقضت عدتها فانها ترثه مالم تتزوج فان كانت تزوجت بعد انقضاء العدة فانها لاترثه الى غير ذلك من النصوص الدالة على جميع ماذكر.

ثم ان المشهور بين الاصحاب انها ترثه الى السنة مع القيدين كان الطلاق للاضرار بها املا - وعن جماعة منهم الشيخ في الاستبصار و المصنف في المختلف والمحدث الكاشاني و المحدث الحر العاملي وظاهر الفقيه اختصاص ذلك بالصورة الاولى و مقتضى اطلاق النصوص بل العموم المستفاد من ترك الاستفصال وان كان هو القول الاول الا انه يشهد للثاني - موثق (۴) سماعة قال سألته عن رجل طلق امرأته وهو مريض قال عليه السلام ترثه مادامت في عدتها وان طلقها في حال اضرار فهي ترثه الى سنة فان زاد على السنة يوما واحدا لم ترثه وتعتد منه اربعة اشهر وعشرا عدة المتوفى عنها زوجها - فانه بمفهوم الشرط يدل على عدم الارث الى السنة مع عدم قصد الاضرار بالطلاق - ومرسل (۵) يونس عن بعض رجاله عن ابي عبدالله عليه السلام قال سألته ما العلة التي من اجلها اذا طلق الرجل امرأته وهو مريض في حال الاضرار ورثته ولم يرثها وماحد الاضرار عليه فقال هو الاضرار ومعنى الاضرار منعه اياها ميراثها

(۱-۲-۳-۴) الوسائل باب ۲۲ من ابواب اقسام الطلاق حديث ۷-۳-۵-۴

(۵) الوسائل باب ۱۴ من ابواب ميراث الازواج حديث ۷

منه فالزم الميراث عقوبة ـ ورواه الصدوق في العلل باسناده عن يونس عن رجال شتى عن ابي عبدالله عليه السلام وهو يدل على ذلك بمفهوم العلة وما في الجواهر من قوة ارادة الحكمة من العلة ـ خلاف الظاهر.

وفي الرياض ان الخروج عن الاطلاقات المعتضدة بالشهرة وحكاية الاجماع المتقدمة مشكل سيما مع احتمال العموم في اكثر النصوص لترك الاستفصال المفيد له عند الفحول وليس كالمطلق يقبل الحمل على الغالب انتهى (وفيه) ان المطلق المعتضد بكل ما كان والعام يرفع اليد عنهما بواسطة المقيد والمخصص ـ لان الخاص قرينة ومع وجودها ما المانع من حمل العام على الغالب.

وفي الجواهر لانه (اى المرض) العنوان للحكم في اكثر النصوص على وجه لايصلح ماعرفت لتقييدها بعد عدم الجابر (وفيه) انه ان اراد ان النصوص كالنص في الاطلاق لايقبل التقييد فهوممنوع اذليس فيها الاتعليق الحكم على عنوان المرض فهي ح كساير المطلقات شاملة لصورتي قصد الاضرار وعدمه ـ وان اراد ان الخبرين في انفسهما قاصران عن التقييد لضعف السند ـ فيرد عليه ان الاول موثق و الثاني مرسله من اصحاب الاجماع ـ وان اراد ضعفهما لاعراض الاصحاب ـ فيرده ان جماعة افتوا بمضمونهما و فيهم من هو من اساطين الفقه ـ ولكن الذي يختلج في البال ان الحكم في الخبرين لم يعلق على قصد الاضرار بل على حال الاضرار والفرق بينهما واضح وحال الاضرار شامل لما قصده ومالم يقصده ـ فالقول الاول اظهر.

وهل الارث يثبت مع سؤالها الطلاق وفي المختلعة واختها ـ املا ـ فيه قولان ـ استدل للثاني ـ بخبر(١) محمدبن القاسم الهاشمي قال سمعت اباعبدالله عليه السلام يقول لاترث المختلعة ولا المباراة ولا المستامرة في طلاقها من الزوج شيئا اذا كان ذلك منهن في مرض الزوج وان مات لان العصمة قد انقطعت منهن ومنه ـ ويعضده مافي النصوص

---

(١) الوسائل باب ١٥ من ابواب ميراث الازواج حديث ١

المستثنية لما لو تزوجت - بانها ان تزوجت فقد رضيت بما صنع ولا ميراث لها - ولكن الخبر ضعيف - وانجباره بالعمل غير ثابت - وما في نصوص الاستثناء لا يصلح منشأً للحكم فالاظهر ثبوت الارث - و من الغريب ان صاحب الجواهر في الفرع السابق بنى على ثبوت الارث - وفي هذا الفرع بنى على عدمه معللا بانه مقتضى حمل المطلق على المقيد.

وعن المصنف ره في المختلف الاستدلال له في المختلعة بانتفاء التهمة - والظاهر ان نظره ره الى ابتناء هذا الفرع على الفرع السابق وحيث انه بنى فيه على ان تمام الموضوع ليس هو المرض بل مع التهمة بقصد الاضرار فلذلك حكم في المختلعة والمستامرة بعدم الارث ولهذه الجهة اورد الشهيد الثاني على المحقق حيث انه بنى في الفرع السابق على ثبوت الارث - وفي هذا الفرع على عدمه - وهذا كله كاشف عن عدم اعتمادهم على خبر الهاشمي - و كيف كان فقد عرفت في الفرع السابق عدم تمامية ما ذكر من الاختصاص فكذا في المقام -.

نكاح المريض

٥ - ﴿ونكاحه﴾ اي نكاح المريض ﴿صحيح مع الدخول والافلا﴾ كما هو المشهور بل لاخلاف فيه ولا تامل ولا نظر - الاعن المحقق في الشرايع حيث نسب الحكم الى الرواية - والشهيد في الدروس لنسبة الحكم الى المشهور وهو منهما مشعر بنوع تردد منهما فيه - ولعل ذلك منهما لمخالفة الحكم للعمومات القطعية من الكتاب و السنة و خصوص ما تقدم من النصوص المتضمنة للنهي عن طلاقه المصرحة بجواز النكاح من دون تقييد بالدخول - ولكن يتعين تقييد الجميع بالنصوص الدالة على هذا التفصيل المعمول بها بين الاصحاب. كموثق (١) عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام عن المريض اله ان يطلق امرئته في تلك الحال قال عليه السلام لا ولكن له ان يتزوج ان شاء

---

(١) الوسائل باب ٢١ من ابواب اقسام الطلاق حديث ٢

فان دخل بها ورثته وان لم يدخل بها فنكاحه باطل - وصحيح (١) ابی ولاد الحناط عنه عليه‌السلام عن رجل تزوج فی مرضه فقال عليه‌السلام اذا دخل بها فمات فی مرضه ورثته وان لم يدخل بها لم ترثه ونكاحه باطل - وصحيح(٢) زرارة عن احدهما عليهما‌السلام ليس للمريض ان يطلق وله ان يتزوج فان هو تزوج ودخل بها فهو جائز وان لم يدخل بها حتى مات فی مرضه فنكاحه باطل ولا مهر لها ولا ميراث - والمراد بالبطلان فی هذه النصوص هو عدم الصحة على وجه يترتب عليه جميع احكام النكاح حتى بعد الموت من الميراث والعدة لا عدم الصحة بقول مطلق والا لزم عدم جواز وطئها فی مرضه بذلك مع ان النصوص صريحة فی جوازه .

ولو مات المريض فی مرض آخر بعد برئه من المرض الذی تزوجها فيه - او مات بعد الدخول فلا اشكال فی صحة النكاح ولزومه وترتب جميع احكامه عليه - ويشهد به فی الفرض الاول صحيح زرارة - وبه يقيد اطلاق الموت فی الاولين - وفی الفرض الثانی جميع نصوص الباب .

ولو ماتت هی قبل الدخول ثم مات هو فی مرضه فمقتضى اطلاق النصوص انه لا يرثها فانها تدل على بطلان النكاح لو مات فی مرضه ولم يدخل بها كان عدم الدخول من جهته او من جهتها - فما - عن الروضة وفی الرياض من انه يرثها لان الحكم على خلاف الاصول المقررة فی الكتاب والسنة فيقتصر فيه على مورد المعتبرة وهو موته خاصة فی غير محله فان مورد النصوص وان كان موته ولكن ليس المفروض فی جميعها موته قبل موتها بل موته قبل الدخول و فی ذلك المورد حكم ببطلان النكاح وهو شامل للفرض ومقتضى بطلان النكاح عدم ترتب احكامه منها انه لو ماتت هی قبل موته لا يرثها ومع اطلاق الدليل لا وجه للاقتصار على المتيقن وبذلك يظهر انه لو مات قبل الدخول لا يترتب عليه احكام المصاهرة المترتبة على التزويج ولو لم يدخل - فتدبر .

(١-٢) الوسائل باب ١٨ من ابواب ميراث الازواج حديث ١-٣

الفصل الثالث في العدة

وهي شرعا اسم لمدة معلومة يتربص فيها المرئة بمفارقة الزوج اوذى الوطء المحترم بفسخ اوطلاق اوموت اوزوال اشتباه - لمعرفة برائة رحمها اوللتعبد اوالتفجع وشرعت صيانة للانساب و تحصينالها عن الاختلاط و الاصل في وجوب العدة الايات الكريمة - والنصوص المتواترة واجماع علماء الاسلام قال الله(١)عزوجل « والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء» وقال ايضا (٢) « واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهروا للائي لم يحضن و اولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن» وقال(٣) عزشانه «والذين يتولون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا»(٤) وقال «ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها» وغير تلكم من الايات - واما النصوص فهي متواترة ستمر عليك في المباحث الاتية انشاءالله تعالى - والكلام في هذا الفصل يقع في مقامات .

لا عدة على الصغيرة واليائسة

المقام الاول - اختلف الاصحاب في الصغيرة التي لم تبلغ تسع سنين اذا طلقت بعد الدخول بها وان فعل زوجها محرما - وكذا في اليائسة وهي التي بلغت سن الياس خمسين اوستين على ماتقدم في باب الحيض - فالمشهور بين الاصحاب انه ﴿لا عدة في الطلاق على الصغيرة واليائسة﴾ وبه صرح الشيخان والصدوقان وابو الصلاح وابن البراج وابن حمزة ومن تاخر عنه - وفي الرياض بل ربما كان مجمعا عليه بين متاخريهم كما تنادى به عبارة التهذيبين وعن ابن سماعة والسيد المرتضى وابن شهر آشوب والسيد ابن زهرة انهما تعتدان بثلاثة اشهر .

---

(١) البقرة آية ٢٢٨ (٢) الطلاق آية ٥

(٣) البقرة آية ٢٣٥ (٤) الاحزاب آية ٥٠

يشهد للاول جملة من النصوص كموثق (١) عبد الرحمن بن الحجاج قال سمعت اباعبدالله عليه السلام يقول ثلاث يتزوجن على كل حال التى قديئست من المحيض ومثلها لاتحيض قلت ومتى تكون ذلك قال عليه السلام اذا بلغت ستين سنة فقد يئست من المحيض ومثلها لاتحيض - والتى لم تحض ومثلها لاتحيض قلت ومتى تكون كك قال عليه السلام مالم تبلغ تسع سنين فانها لاتحيض ومثلها لاتحيض - والتى لم يدخل بها - وصحيح (٢) حماد بن عثمان عن ابى عبدالله عليه السلام قال سألته عن التى قديئست من المحيض والتى لاتحيض مثلها قال عليه السلام ليس عليهما عدة - وحسن (٣) محمد بن مسلم قال سمعت اباجعفر عليه السلام يقول فى التى قديئست من المحيض يطلقها زوجها قال عليه السلام قدبانت منه ولاعدة عليها - وحسنه (٤) الاخر عنه عليه السلام التى لاتحبل (لاتحيض - خ ل) مثلها لاعدة عليها وصحيح (٥) جميل بن دراج عن بعض اصحابنا عن احدهما (ع) فى الرجل يطلق الصبية التى لم تبلغ ولايحمل مثلها وقد كان قد دخل بها والمرئة التى قديئست من المحيض و ارتفع حيضها فلايلدمثلها قال عليه السلام ليس عليهما عدة و ان دخل بهما - ونحوها غيرها من النصوص الكثيرة .

وقداستدل للقول الاخر - بالاية الكريمة (٦) «واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائى لم يحضن» قال السيد المرتضى وهذا صريح فى ان الايسات واللائى لم يحضن عدتهن الاشهر على كل حال - ثم اورد على نفسه بان فى الاية شرطا وهو قوله تعالى ان ارتبتم وهو منتف عنهما - و اجاب عنه بان المراد بالريبة ليس ان كان مثلهن تحيض ولاالارتياب بانها يائسة او غير يائسة اما الاول فواضح واما الثانى فلانه قدقطع فى الاية على الياس من الحيض والمشكوك فى حالها ليست يائسة - بل المراد بها ماقاله جمهور المفسرين واهل العلم ان كنتم مرتابين فى

(١-٣-٤) الوسائل باب ٣ من ابواب العدد حديث ٥-١-٢

(٢-٥) الوسائل باب ٢ من ابواب العدد حديث ١-٣

(٦) الطلاق آية ٥

عدة هؤلاء النساء وغير عالمين بمبلغها - ثم ذكر رواية عامية (۱) تشهد بهذا التفسير ثم قال و لو كان المراد بها ماذكره الاصحاب لكان حقه ان يقول ان ارتبن لان المرجع في ذلك اليهن ولماقال ان ارتبتم علم ارادة الارتياب بالمعنى الذى ذكرناه.

اقول ان تفسير الريبة بالجهل خلاف الظاهر جدا - وما ذكره في وجه ذلك لايدل عليه - اما نسبة ذلك الى جمهور المفسرين واهل العلم فهى معارضة بمافي مجمع البيان من تفسيرها بلاتدرون لكبر ارتفع حيضهن ام لعارض - واما قوله ان المفروض في الاية اليائسة فلامعنى للريبة فيها - فيرده انه من المحتمل ان لايكون المراد باليأس ماهو المعروف بين الفقهاء وعليه جرى اصطلاحهم بل معناه اللغوى فيلائم ح مع كون المراد بالريبة ماذكره الاصحاب - واما الرواية التى ذكرها فمضافا الى ضعف سندها ومعارضتها بالنصوص الاتية انها متضمنة ان ابى بن كعب قال يارسول الله ان عددا من عدد النساء لم يذكرن في الكتاب الصغار و الكبار واولات الاحمال فانزل الله تعالى و اللائى الخ ولازم ذلك تقدم عدة ذوات الاقراء مع انها انما ذكرت فى البقرة وهى مدنية و تلك الاية فى سورة الطلاق و هى مكية فى المشهور - اضف الى ذلك انها لاتتعين فى غير البالغة و اليائسة كما لايخفى - واما تذكير الضمير فلان ارتيابها يوجب ارتيابنا اذا رجعنا اليها بل قيل ان الرجوع اليها في اليأس المعتبر شرعا ممنوع فانه في الحقيقة خبر عن السن - مع ان الخطاب مع الرجال كما يدل عليه قوله تعالى من نسائكم - وعلى هذا فمن المحتمل قريباً ان يكون المراد بالريبة ماذكره الاصحاب من انه لايعلم فى التى لم تحض ان ذلك لكبر ام لعارض - و كذا فى التى لا تحيض المقدر فيها الشرط ايضا ان عدم حيضها هل يكون لصغر السن اولمانع - ويشهد بعدم كون المراد بها ماذكره النصوص الواردة عن الائمة (ع) - كصحيح (۲) الحلبى او حسنه عن الصادق عليه السلام قال سئلته عن قول الله تعالى ان ارتبتم ما الريبة - فقال عليه السلام مازاد على شهر فهو

(۱) السرائر ۳۳۹

(۲) الوسائل باب ۴ من ابواب العدد حديث ۷

ريبة فلتعتد ثلاثة اشهر ولتترك الحيض وما كان فى الشهر لم يزد فى الحيض على ثلاث حيض فعدتها ثلاث حيض ـ ونحوه غيره.

ثم انه قد يستدل لهذا القول بجملة من الاخبار ـ كصحيح (١) عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام فى الجارية التى لم تدرك الحيض يطلقها زوجها بالشهور ـ وخبر (٢) ابى بصير قال عدة التى لم تبلغ المحيض ثلاثة اشهر والتى قعدت عن المحيض ثلاثة اشهر ـ وخبره (٣) الاخر عن الصادق عليه السلام عدة التى لم تحض والمستحاضة التى لا تطهر ثلاثة اشهر ـ وصحيح (٤) الحلبى اوحسنه عن الصادق عليه السلام عدة المرئة التى لا تحيض والمستحاضة التى لا تطهر والجارية التى قد يئست ولم تدرك الحيض ثلاثة اشهر ونحوها غيرها ـ اقول اما الاخبار الاخر غير هذه وخبر ابى بصير الثانى فهى مطلقة شاملة لعدم الحيض مع كونها بالغة اوغير بالغة او يائسة أوغير يائسة فيقيد اطلاقها بالنصوص المتقدمة ـ واما خبر ابى بصير فهو ضعيف السند بجماعة من رواته مع انه غير مسند الى الامام ـ واما صحيحا ابن سنان والحلبى فهما ايضاً مطلقان لان لم تدرك الحيض معناه لم يقع عليها حيض وهو اعم من كون مثلها تحيض اولا تحيض فيقيد اطلاقهما ايضاً بالنصوص المتقدمة ـ فتحصل ـ ان الاظهر انه لا عدة عليهما ولا اشكال ولا ريب فى الحكم.

ثم ان الاصحاب صرحوا بان المراد بالصغيرة من نقص سنها عن التسع ـ واشكل فى ذلك سيد المدارك قال ان مورد الروايات التى لا تحيض مثلها وهى تتناول من زاد سنها على التسع اذا لم يحض مثلها وقد وقع التصريح فى صحيح جميل بعدم وجوب العدة على من لم يحمل مثلها وان كان قد دخل بها الزوج مع ان الدخول بمن دون التسع محرم وحمله على الدخول المحرم خلاف الظاهر انتهى (وفيه) اولا ان التى لا تحيض مثلها فسرت فى جملة من الاخبار بمن لم تبلغ التسع راجع موثق ابن الحجاج المتقدم

(١ـ٢ـ٤) الوسائل باب ٢ من ابواب العدد حديث ٧ـ٦ـ٨

(٣) الوسائل باب ٤ من ابواب العدد حديث ٩

و ثانيا ان قوله حمل الدخول على المحرم خلاف الظاهر يدفعه التصريح فى صحيح جميل وغيره- بان الصبية التى لم تبلغ اذا دخل بها لاعدة عليها- ومعلوم ان الدخول بهـا محرم فلا اشكال فى ان الموضوع غير البالغة ولا تسقط العدة عن المتجاوزة عن التسع.

ثم انه اذا رأت المطلقة الحيض مرة ثم بلغت الياس اكملت العدة بشهرين كما هو المشهور بينهم- لخبر (١) هارون بن حمزة عن ابى عبدالله عليه السلام فى امرأة طلقت وقد طعنت فى السن فحاضت حيضة واحدة ثم ارتفع حيضها فقال عليه السلام تعتد بالحيضة وشهرين مستقبلين فانها قد يئست من الحيض.

لاعدة على من لم يدخل بها

المقام الثانى «و» «لاعدة على» «غير المدخول بها» اجماعاً من العلماء كما حكاه اصحابنا كذا فى الرياض -ويشهد به الاية الكريمة المتقدمة - «فان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها» والنصوص المستفيضة ففى صحيح (٢) الحلبى عن الصادق عليه السلام اذا طلق الرجل امرأته قبل ان يدخل بها فليس عليها عدة تزوج من ساعتها وتبينها تطليقة واحدة وان كان فرض لها مهرا فنصف ما فرض- وموثق (٣) ابى بصير عنه عليه السلام اذا طلق الرجل امرأته قبل ان يدخل بها تطليقة واحدة فقد بانت منه وتتزوج من ساعتها ان شائت ونحوهما غيرهما-وقد تقدمت جملة منها- وتمام الكلام فى هذا المقام فى فروع.

١- هل يعتبر الانزال مع الدخول ام يكفى الدخول ولو لم ينزل-الظاهر انه لا خلاف بين الاصحاب فى عدم اعتباره-ويشهد به نصوص كثيرة- كصحيح (٤) الحلبى عن ابى عبدالله عليه السلام فى رجل دخل بامرأة قال عليه السلام اذا التقى الختانان وجب المهر

---

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب العدد حديث ١

(٢-٣) الوسائل باب ١ من ابواب العدد حديث ٢-٣

(٤) الوسائل باب ٥٤ من ابواب المهور حديث ٣

والعدة- وصحيح (١) حفص بن البختري عنه عليه السلام اذا التقى الختانان وجب المهر والعدة والغسل -وموثق(٢) يونس بن يعقوب عنه عليه السلام لا يوجب المهر الا الوقاع في الفرج-وصحيح(٣) عبدالله بن سنان عنه عليه السلام قال سئله ابي وانا حاضر عن رجل تزوج امرأة فادخلت عليه ولم يمسها ولم يصل اليها حتى طلقها هل عليها عدة منه فقال عليه السلام انما العدة من الماء قيل له فان كان واقعها في الفرج ولم ينزل فقال عليه السلام اذا ادخله وجب الغسل والمهر والعدة- وبه يظهر انه لابد من رفع اليد عن ظاهر خبر(٤) محمد ابن مسلم عن احدهما (ع) العدة من الماء -مع- انه لامفهوم له كي يدل على عدم العدة من غيره فلا اشكال في الحكم.

٢- لو ادخلها دبراً فهل يجب العدة كما هو المشهور بين الاصحاب - ام لا- كما عن ظاهر التحرير حيث اقتصر على الدخول قبلا وجهان - وتوقف فيه صاحب الحدائق وتبعه صاحب الرياض لولا الوفاق-يشهد للاول اطلاق النصوص لان الدخول اعم من كونه قبلا اودبرا - وكذا الوقاع في الفرج لان الدبر احد المأتين واحد الفرجين-واستدل في الحدائق والرياض للثاني بانصراف النصوص الى الفرد الشايع في الوطء وهو الجماع في القبل لانه هو المندوب اليه المحثوث اليه - وفيه ما تقدم منا مرارا من ان الانصراف الناشي عن شيوع فرد وندرة اخر لا يصلح لتقييد الاطلاق سيما مع كون ندرة ذلك لاتستلزم ندرة اطلاق الدخول والايقاع والوطء عليه-ويمكن ان يستدل له- وان لم ار من استدل به- بمفهوم قوله في بعض النصوص المتقدمة-اذا التقى الختانان وجب المهر والعدة فان مفهومه عدم وجوب العدة مع عدم التقاء الختانين ولو مع الوطء دبرا بل هذه الشرطية في صحيح حفص - في فرض الدخول بها - فح اظهر الافراد الداخلة في المفهوم هو الوطء دبرا- اللهم الا ان يقال ان مفهومه عامل شامل لما اذا لم يدخل اصلا اوادخل دبراً- وعليه فالنسبة بين مفهوم هذه النصوص ومنطوق ما دل على

(١-٢-٣) الوسائل باب ٥٤ من ابواب المهور حديث ٤-٦-١

(٤) الوسائل باب ١ من ابواب العدد حديث ١

وجوب العدة بالدخول مطلقا عموم من وجه ـ فيرجع الى المرجحات وهي تقتضي تقديم نصوص الوجوب لكونها المشهورة بين الاصحاب.

٣ـ صرح جماعة من الاصحاب منهم الشهيد الثاني وسبطه بانه يلحق بالوطء دخول المني المحترم في الفرج فيلحق به الولدان فرض وتعتد بوضعه ـ اقول اما الحاق الولد فيشهد به النصوص (١) كما مر في مبحث احكام الاولاد من كتاب النكاح ـ واما الاعتداد فان ارادوا به مطلقا فيمكن ان يستدل له بقوله عليه‌السلام في خبر محمد بن مسلم المتقدم آنفا العدة من الماء وقوله عليه‌السلام في صحيح ابن سنان وانما العدة من الماء وان ارادوا به خصوص صورة الحمل فيمكن ان يستدل له باطلاق النصوص (٢) الآتية المتضمنة لان طلاق الحامل واحدة فاذا وضعت ما في بطنها فقد بانت منه و في بعضها وان شاء راجعها قبل ان تضع ـ ودعوى ـ انها في مقام بيان مقدار العدة الواجبة لا في مقام بيان اصل الوجوب فلا اطلاق لها من هذه الجهة ـ ممنوعة ـ فان قيل ان النسبة بين النصوص في الصورتين وبين ما دل على تعليق وجوب العدة على الدخول عموم من وجه فما الوجه في تقديم هذه. قلنا ـ انه قد حقق في محله انه لو ترتب جزاء واحد على شرطين ـ نظير اذا خفي الاذان فقصر واذا خفي الجدران فقصر ـ مقتضى الجمع العرفي بين الدليلين هو تقييد اطلاق كل من الدليلين المقابل للتقييد باو ـ فيكون النتيجة اذا خفي الاذان او خفي الجدران فقصر ـ وعليه ففي المقام ايضا يكون مقتضى الجمع بين الدليلين اذا ادخل او دخل مائه في الفرج او حملت تجب العدة فلا تنافي بين النصوص ـ وبذلك يظهر ما في الحدائق حيث انه بعد ما نقل هذه الفتوى قال وعندي فيه توقف لعدم الوقوف على نص يصلح دليلا لهذا الالحاق.

٤ ـ نقل جمع من الاصحاب انه لا فرق بين وطء الكبير والصغير و ان نقص سنه عن زمان امكان التولد منه عادة ـ واستدل له باطلاق النص ـ واورد عليهم صاحب

---

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب احكام الاولاد

(٢) الوسائل باب ٩ من ابواب العدد

الحدائق بان الاطلاق ينصرف الى الافراد الشايعة المتعارفة المتكررة و هي هنا البالغ دون الصغير فانه نادر بل مجرد فرض- واستأنس له بما دل(١) على عدم حصول التحليل بالغلام الذي لم يحتلم حتى يبلغ فان فيه ايماء الى عدم ترتب الاحكام الشرعية على نكاح غير البالغ- وفيه ما تقدم من ان شيوع فرد وندرة آخر لا يكونان مناط الانصراف اليه وعنه فالمتبع هو الاطلاق - والاستيناس بما ذكر-لايخرج عن القياس فالاظهر عدم الفرق بينهما.

٥-مقتضى اطلاق النصوص وجوب العدة ولو ادخلته وهو نائم فان ظاهر النصوص ترتب ذلك على مجرد الدخول ومقتضى اطلاقها ذلك.

٦ - ظاهر كلام الاصحاب و صريح جمع منهم وجوب العدة على مدخولة الخصي - وفيه روايتان- احداهما دالة على وجوب العدة وهي صحيحة (٢) ابي عبيدة الحذاء قال سئل ابو جعفر عليه السلام عن خصي تزوج امرأة وهي تعلم انه خصي قال جائز قيل له انه مكث معها ماشاء الله ثم طلقها هل عليها عدة قال عليه السلام نعم اليس قد لذ منها ولذت منه الحديث- ثانيتهما دالة على عدمه و هي صحيحة (٣) البزنطي سئلت الرضا عليه السلام عن خصي تزوج امراة على الف درهم ثم طلقها بعدما دخل بها قال عليه السلام لها الالف التي اخذت منه ولاعدة عليها - وقد جمع المحدث الكاشاني ره بينهما بحمل الاولى على الاستحباب -وفيه ان هذا ليس جمعا عرفيا اتهافت - نعم- ولا-عند العرف فالمتعين هو الرجوع الى المرجحات والترجيح مع الاولى لان على مضمونها الاصحاب كما في الجواهر- فالاظهر ثبوت العدة.

٧ - لو كان الزوج مقطوع الذكر سليم الانثيين - قال في محكي المبسوط تجب العدة ان ساحقها فان كانت حاملا فبالوضع والا فبالاشهر دون الاقراء - واستدل

---

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب اقسام الطلاق حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٣ من ابواب العيوب والتدليس حديث ٢

(٣) الوسائل باب ٤٤ من ابواب المهور حديث ١

لذلك بامكان الحمل عادة بالمساحقة مع بقاء الانثيين ـ وبشمول المس لذلك وغيره خرج غيره من الملامسة بسائر الاعضاء بالاجماع وبقي الباقي ـ فح ـ ان حملت اعتدت بوضع الحمل والافبالاشهر ولايتصوران تعتدبالاقراء ـ فان عدة الاقراء انما تكون عن طلاق بعدالدخول والدخول يتعذرمن جهته ـ وفيه ـ ان الموجب للعدة احد الامرين اما الدخول او الانزال في فرجها كما تقدم ومع تحقق احدهما تعتد ـ حتى بالاقراء ـ وبدونهما لاتجب العدة وتعليقها على المس في الاية الكريمة وان اقتضى ثبوت العدة في مساحقة المجبوب الا ان اطلاقها يقيد بالنصوص الدالة على ان السبب احدالامرين فبدونهما لاتجب العدة ـ وعلى فرض العدة لافرق بين عدة الاقراء والاشهر ـ وعليه فان علم بالانزال في فرجهاولوبان حملت الكاشف عن الانزال تعتد ـ والافلا ـ ولعله الى ذلك نظر المحقق في الشرايع فانه بعد مانقل عن الشيخ ماعرفت ـ وتردد فيه من جهة ان العدة ترتبت على الوطء ـ قال نعم لوظهر حمل اعتدت منه بوضعه لامكان الانزال وفي محكي القواعد وكذا لو كان مقطوع الذكر والانثيين اي تعتد بالوضع لوساحقها فحملت ـ ولكن قال على اشكال ـ وفي الجواهر ولعله من الفراش وكون معدن المني الصلب بنص الاية ومن قضاء العادة بالعدم مع انتفاء الانثيين ـ اقول المتجه بناء على ماتقدم الاعتداد فان الحمل امارة لدخول منيه في فرجها فتجب عليها العدة

٨ ـ هل تجب العدة بالخلوة بدون الوطء وبدون وضع مائه فيها كما عن ابن الجنيد ـ ام لا تجب كما هو المشهور بين الاصحاب وجهان والنصوص في ذلك متعارضة وقد مر الكلام في ذلك في مبحث المهور في مسألة استقرار المهر بالخلوة ـ وبينا هناك ما يقتضيه الجمع بين النصوص ومحصله ان الخلوة ليست بنفسها سببا لاستقرار المهر ولاثبوت العدة ولكنها امارة على الوطء فلوادعت الوطء وانكره مع الخلوة حكم في الظاهر لها فراجع ماذكرناه .

تعتد المستقيمة الحيض بالاقراء

﴿و﴾ المقام الثالث في ﴿المستقيمة الحيض﴾ وهي التي ياتيها حيضها في كل شهر مرة على عادة النساء وفي معناها المعتادة الحيض فيما دون الثلاثة اشهر - واما المعتادة فيما فوقها فستعرف ان حكمها غير حكم هذه و كيف كان و ﴿عدتها ثلاثة اقراء ان كانت حرة﴾ بلا خلاف بين العلماء من الخاصة والعامة - ويشهد به الاية الكريمة المتقدمة «والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء» والنصوص الكثيرة الاتية جملة منها

انما الكلام في ان المراد بالقرء هل هو الطهر. او الحيض - المشهور بين الاصحاب هو الاول بل عن صريح جماعة وظاهر اخرين دعوى الاجماع عليه - ولم ينسب الخلاف الى احد سوى ماعن المفيد من التفصيل بين الطلاق في مستقبل الطهر فثلاثة اطهار وفي آخره فثلاث حيضات واستقر به بعض المتاخرين - ولا يهمنا البحث في ان القرء في اللغة مشترك بين الحيض و الطهر لفظا او معنى - او انه حقيقة في احدهما مجاز في الاخر - ولا البحث في اختلاف القرء بالضم والفتح - وان الاول للطهر ويجمع على قروء والثاني للحيض ويجمع على اقراء - واتحادهما لورود النصوص في المراد به في المقام فالمهم البحث في ذلك - فان فيه طائفتين من النصوص.

الاولى - مايدل على ان المراد به الطهر - كصحيح (١) زرارة او حسنه عن الباقر (ع) الاقراء هي الاطهار - وصحيحه (٢) الاخر او حسنه عنه (ع) قال قلت اصلحك الله رجل طلق امرأته على طهر من غير جماع بشهادة عدلين فقال (ع) اذا دخلت في الحيضة الثالثة فقد انقضت عدتها وحلت للازواج قلت اصلحك الله ان اهل العراق يروون عن علي (ع) انه قال هو احق برجعتها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة فقال (ع) فقد كذبوا - وصحيحه (٣) الثالث عنه (ع) المطلقة اذا رأت الدم من الحيضة الثالثة فقد

---

(١) الوسائل باب ١٤ من ابواب العدد حديث ٣

(٢-٣) الوسائل باب ١٥ من ابواب العدد حديث ١-٧

بانت منه ـ وموثقه (١) الرابع المروى عنه باسانيد عديدة عن ابي جعفر (ع) اول دم رأته من الحيضة الثالثة فقد بانت منه ـ وصحيحه (٢) الخامس عن احدهما (ع) المطلقة ترث وتورث حتى ترى الدم الثالث فاذا رأته فقد انقطع ـ وصحيحه (٣) السادس اوحسنه عن الباقر (ع) قال قلت له اني سمعت ربيعة الرأى يقول اذا رأت الدم من الحيضة الثالثة بانت منه وانما القرأ ما بين الحيضتين و زعم انه انما اخذ ذلك برأيه فقال ابوجعفر عليه السلام كذب لعمرى ما قال ذلك برأيه و لكنه اخذه عن على (ع) قال قلت وما قال على فيها ـ قال (ع) كان يقول اذا رأت الدم من الحيضة الثالثة فقد انقضت عدتها ولا سبيل له عليها وانما القرء ما بين الحيضتين الحديث ـ وصحيحه (٤) السابع عن ابي عبدالله (ع) قال قلت له سمعت ربيعة الرأى يقول من رائى ان الاقراء التي سمى الله عزوجل في القران انما هو الطهر فيما بين الحيضتين فقال (ع) كذب لم يقل برايه و لكنه انما بلغه عن على (ع) فقلت أكان على (ع) يقول ذلك فقال (ع) نعم انما القرء الطهر الذى يقرأ فيه الدم فيجمعه فاذا جاء المحيض دفعه ـ وموثق (٥) الجعفي عن ابي جعفر (ع) في الرجل يطلق امرأته قال (ع) هو احق برجعتها مالم تقع في الدم الثالث ـ وصحيح (٦) محمدبن مسلم وزرارة قالا قال ابوجعفر (ع) القرأ ما بين الحيضتين ـ وخبر (٧) موسى بن بكر عنه (ع) في حديث ان عليا (ع) قال انما القرأ ما بين الحيضتين الى غير ذلك من النصوص المتواترة.

الثانية مايدل على ان المراد به الحيض ـ كصحيح (٨) الحلبي عن ابي عبدالله (ع) قال عدة التي تحيض ويستقيم حيضها ثلاثة قروء وهي ثلاث حيض ـ ومثله صحيح (٩) ابي بصير ـ وموثق (١٠) عبدالله بن ميمون عن الصادق عليه السلام عن ابيه قال على عليه السلام

(١-٣-٥) الوسائل باب ١٥ من ابواب العدد حديث ٩-٤-١١

(٢) الوسائل باب ١٣ من ابواب ميراث الازواج حديث ٣

(٤-٦-٧-٨-٩) الوسائل باب ١٤ من ابواب العدد حديث ٤-٩-٦-٧

(١٠) الوسائل باب ١٥ من ابواب العدد حديث ١٢

اذا طلق الرجل المرئة فهواحق بهامالم تغتسل من الثالثة ـ وصحيح (١) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في الرجل يطلق امرأته تطليقة على طهر من غير جماع يدعها حتى تدخل في قرئها الثالث ويحضر غسلها ثم يراجعها ويشهد على رجعتها قال هو املك بها مالم تحل لها الصلاة ـ وخبر (٢) الحسن بن زياد عن ابى عبدالله عليه السلام هي ترث وتورث ما كان له الرجعة بين التطليقتين الاولتين حتى تغتسل ونحوها غيرها ـ وقد جمع الشيخ المفيد ره بين الاخبار بما نقلناه عنه سابقا ولكنه جمع تبرعي لاشاهد له اصلا ـ وقاعدة الجمع مهما امكن اولى من الطرح انما هي في الجمع العرفي لاالتبرعي.

وقد ذكر الاصحاب للنصوص الثانية محامل كلها خلاف الظاهر مثل حمل الخبرين الاولين على ارادة عدم استيفاء الثالثة وما شاكل ـ فالاولى ان يقال انهما متعارضتان والترجيح مع الاولى من وجوه شتى فيطرح الثانية ويرد علمها الى اهلها فلا اشكال في الحكم ـ

ثم ان المعروف بين الاصحاب احتساب الطهر الذى وقع الطلاق فيه من احد الاطهار الموجبة للخروج عن العدة وعن السيد في المدارك ان هذا الحكم مقطوع به في كلام الاصحاب وظاهرهم انه موضع وفاق انتهى ـ ويشهد به ما في النصوص المتقدمة من انقضاء العدة بالدخول في الدم الثالث فانه مبني على احتساب الطهر الواقع فيه الطلاق من الاطهار الثلاثة ـ فلو حاضت بعد الطلاق ولو بلحظة لصدق الطهر على تلك اللحظة كما هو مقتضى اطلاق الادلة ـ ولكن لو فرض انها حاضت بعد انتهاء لفظ الطلاق بلا فصل ـ فالطلاق صحيح لكنه لايحتسب ذلك من الاطهار لعدم طهر بعد الطلاق ـ ولايتوهم ان مقتضى اطلاق تلك الاخبار انقضاء العدة بالدخول في الحيضة الثالثة حتى في هذا المورد ـ فانه لابد من الاعتداد بثلاثة قروء اجماعاً وكتابا وسنة وفي الفرض لم يكن قرء بعد الطلاق فاطلاق هذه الاخبار بقرينة ماذكر ينزل على الغالب ـ اذ فرض وقوع الحيض بعد انتهاء الصيغة بلافصل نادر جدا.

(٢-١) الوسائل باب ١٥ من ابواب العدد حديث ١٥-١٦

ولوشكت في ان الحيض اتصل بالطلاق ام كان بينهما لحظة من الطهر يبنى على الثاني للاستصحاب اى استصحاب بقاء الطهر - ولا يعارضه استصحاب بقاء العدة والزوجية لحكومته عليهما كما لايخفى .

ثم انه اطلق غير واحد من الاصحاب خروجها عن العدة برؤية الدم الثالث كالنصوص لكن قال المحقق في الشرايع هذا اذا كانت عادتها مستقرة بالزمان اى تكون صاحبة العادة الوقتية سواء كانت صاحبة العادة العددية ايضاً ام لم تكن والاصبرت الى انقضاء اقل الحيض اخذا بالاحتياط - والظاهر ان ما افاده ره يتم لو لم نقل بان المرئة ذات العادة الوقتية وغيرها تتحيض برؤية الدم - (ودعوى) ان مقتضى اطلاق نصوص المقام هو انقضاء عدتها بمجرد رؤية الدم في المقام وان لم نبن على التحيض بها (مندفعة) بان نصوص الباب اكثرها مقيدة بالدخول في الحيضة الثالثة - وقد ذكر ذلك بصورة القضية الشرطية في صحيح زرارة فمع عدم الحيض لااشكال في عدم الانقضاء ولا يتم ما افاده المحقق لو بنينا على التحيض بها لقاعدة الامكان وغيرها - و احتمال انقطاع الدم قبل ثلاثة ايام الكاشف عن عدم كونه حيضا جار في ذات العادة ايضاً - فالاخذ بالاحتياط فيهما على حد سواء - ولاباس به استحبابا لاوجوبا .

ثم انه لايخفى عدم الفرق في العدة بالاقراء بين المطلقة والمفسوخ نكاحها من قبله او من قبلها بل والموطوئة شبهة بلاخلاف لاطلاق جملة من النصوص والاقتصار على ذكر المطلقة في المتن ونحوه لكونها الاصل في هذه العدة باعتبار ذكرها في الكتاب واكثر النصوص بل لو كانت جميع النصوص مختصة بالمطلقة لقلنا بثبوت عدة الاقراء بل العدة بالاشهر والوضع ايضا لمن ذكرت نظرا الى انه لو بين الشارع موضوع حكمه في مورد - ثم حكم على ذلك الموضوع في مورد اجمالا من دون ان يبين مقتضى الاطلاق المقامي اعتبار جميع ما يعتبر في الاصل في الفرع مثلا لو امر الشارع الاقدس بصوم شهر رمضان وبين الصوم بجميع ما يعتبر فيه وقال انه الامساك من طلوع الفجر الى غروب الشمس عن المفطرات وبينها ايضاً - ثم امر بصوم يوم الغدير استحبابا

يكون مقتضى الاطلاق المقامى اعتبار جميع قيود الصوم الواجب فيه (وعليه) ففى المقام اذا حكم الشارع بلزوم ان تعتد المطلقة وبين العدة الاقرائية منها والاشهرية ثم حكم فى مورد اخر بوجوب العدة من دون ان يبين حدها - يحمل على ارادة اعتبار مافى عدة الطلاق فيها - فتدبر. هذا كله اذا كانت المطلقة حرة ﴿والا﴾ عدتها ﴿قرآن﴾ بلا خلاف نصا وفتوى .

عدة ذات الشهور

﴿و﴾ المقام الثالث فى ذات الشهور ف﴿ان كانت﴾ المطلقة ﴿فى سن من تحيض ولا حيض لها فعدتها ثلاثة اشهر ان كانت حرة﴾ بلا خلاف فيه ولا فرق عندهم بين كون انقطاع حيضها خلقيا اولعارض من حمل او ارضاع اومرض - وخالفهم القاضى والمفلح الصيمرى فى الاخيرين - وكيف كان فيشهد لاصل الحكم مضافا الى الاجماع المحكى عن جماعة الاية الكريمة (١) «واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائى لم يحضن» وقد تقدم فى المقام الاول من هذا الفصل تقريب الاستدلال بها فراجع وجملة من النصوص - كصحيح (٢) زرارة اوحسنه عن ابى جعفر عليه السلام قال امران ايهما سبق بانت به المطلقة المسترابة تستريب الحيض ان مرت بها ثلاثة اشهر بيض ليس فيها دم بانت به وان مرت بها ثلاثة حيض ليس بين الحيضتين اشهر بانت بالحيض - وموثقه (٣) الاخر عن احدهما (ع) اى الامرين سبق اليها فقد انقضت عدتها ان مرت بها ثلاثة اشهر لا ترى فيها دما فقد انقضت عدتها وان مرت ثلاثة اقراء فقد انقضت عدتها - وصحيح (٤) الحلبى اوحسنه عن الصادق عليه السلام عدة المرئة التى لا تحيض والمستحاضة التى لا تطهر ثلاثة اشهر وعدة التى تحيض ويستقيم حيضها ثلاثة قروء الى غير ذلك من النصوص التى ستمر عليك جملة منها فى ضمن

---

(١) الطلاق الاية ٥

(٢-٣-٤) الوسائل باب ٤ من ابواب العدد حديث ٥-٤-٧

الفروع الآتية فلااشكال في اصل الحكم وتمام الكلام بالبحث في فروع .

١- ان مقتضى اطلاق نصوص الباب عدم الفرق بين كون انقطاع الحيض خلقيا اولعارض - بل يشهد به في خصوص العارض موثق (١) ابي العباس عن الصادق عليه السلام عن رجل طلق امرأته بعد ما ولدت وطهرت وهي امرأة لاترى دما مادامت ترضع ماعدتها قال عليه السلام ثلاثة اشهر - وبهما يقيد اطلاق ادلة اعتداد المطلقات بالاقراء ان شمل اطلاقها للمقام .

٢- لوفرض عروض الحيض لها قبل مضي الثلاثة اشهر تعتد بالاقراء كما ان ذات الاقراء لوفرض عروض مانع لها من الحيض تعتد بالاشهر لان العدة احد الامرين الاقراء الثلاثة والشهور وايتهما سبقت كان الاعتداد بها - وتدل عليه النصوص المتقدمة وغيرها وهذا لااشكال فيه - انما الاشكال فيما لو مرت بها الاشهر البيض بعد ان رأت الحيض ولومرة بعد الطلاق قبل ان يمضي الاشهر البيض - ففي الجواهر انها تنقضي عدتها بثلاثة اشهر - وفي الرياض انها لابد وان تعتد بالاقراء - ومنشأ الاختلاف ان الثلاثة اشهر التي جعلت زمان العدة هل الثلاثة المتصلة بالطلاق اوالاعم منها ومن الثلاثة ولولم تتصل به - واستدل في الرياض لماذهب اليه واسنده الى الاصحاب الامن شذ ممن تأخر بان مقتضى اطلاق النصوص وان كان الاكتفاء بثلاثة اشهر بيض ولو كانت بعد حيضة اوحيضتين الا انه يتعين تقييد اطلاقها - بالنصوص الآتية المصرحة بانها لورأت في الثلاثة المتصلة بحين الطلاق عتد بالثلاثة اشهر بعد الصبر تسعة اشهر اوستة لتعلم انها ليست من ذوات الاقراء - وفيه انها كما سيأتي مختصة بمستقيمة الحيض التي عرض لها ارتفاع الحيض ولم تعلم بسببه ومن المحتمل كونه الحمل - ولاوجه للتعدي عنها الى كل مسترابة بالحيض - اوبالحمل .

وعليه فالاظهر هوما في الجواهر لاطلاق النصوص - ولخصوص صحيح زرارة اوحسنه المتقدم المسترابة تستريب الحيض ان مرت بها ثلاثة اشهر بيض ليس لها دم

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب العدد حديث ٦

بانت به وان مرت ثلاث حيض ليس بين الحيضتين ثلاثة اشهر بانت بالحيض قال(١) ابن ابى عمير قال جميل وتفسير ذلك ان مرت بها ثلاثة اشهر الا يوما فحاضت ثم مرت بها ثلاثة اشهر الا يوما فحاضت ثم مرت بها ثلاثة اشهر الا يوما فحاضت فهذه تعتد بالحيض على هذا الوجه ولا تعتد بالشهور وان مرت بها ثلاثة اشهر بيض لم تحض فيها فقد بانت - فالمتحصل ان القاعدة المستفادة من النصوص ان المطلقة تعتد باى الامرين سبق اليها - الاقراء - او الاشهر وان لم تكن الشهور متصلة بالطلاق.

نعم يستثنى من ذلك ما لو رات فى الشهر الثالث حيضة وتاخرت الثانية او الثالثة فان فيها روايتين - احداهما - انها تصبر تسعة اشهر ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة اشهر - وهى - رواية(٢) سورة بن كليب المعتبرة بوجود المجمع على تصحيح رواياته فى سندها - قال سئل ابو عبدالله عليه السلام عن رجل طلق امرأته تطليقة واحدة على طهر من غير جماع بشهود طلاق السنة وهى ممن تحيض فمضى ثلاثة اشهر فلم تحض الا حيضة واحدة ثم ارتفع حيضتها حتى مضى ثلاثة اشهر اخرى ولم تدر ما رفع حيضتها - فقال عليه السلام ان كانت شابة مستقيمة الطمث فلم تطمث فى ثلاثة اشهر الا حيضة ثم ارتفع طمثها فلا تدرى ما رفعها فانها تتربص تسعة اشهر من يوم طلقها ثم تعتد بعد ذلك ثلاثة اشهر ثم تتزوج ان شائت - ثانيتهما موثقة(٣) عمار الساباطى قال سئل ابو عبدالله عليه السلام عن الرجل عنده امراة شابة وهى تحيض فى كل شهرين او ثلاثة اشهر حيضة واحدة كيف يطلقها زوجها فقال عليه السلام امر هذه شديد هذه تطلق طلاق السنة تطليقة واحدة على طهر من غير جماع بشهود ثم تترك حتى تحيض ثلاث حيض متى حاضتها فقد انقضت عدتها قلت له فان مرضت سنة ولم تحض فيها ثلاث حيض فقال عليه السلام يتربص بها بعد السنة ثلاثة اشهر ثم قد انقضت عدتها قلت فان ماتت او مات زوجها قال ايهما مات ورثه صاحبه ما بينه وبين خمسة عشر شهرا.

---

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب العدد حديث ٥

(٢-٣) الوسائل باب ١٣ من ابواب العدد حديث ٢-١

والكلام تارة في الجمع بين الخبرين واخرى في التعدى عن موردهما (اما الاول) فعن الشيخ في النهاية حمل الثاني على احتباس الدم الثالث وفي الشرايع انه تحكم وهو كك لعدم شاهد على ذلك والاظهر انه لا تعارض بينهما فان الخبر الاول في مستقيمة الحيض التي تحيض في كل شهر مرة ـ والثاني فيمن تحيض كل شهرين او ثلاثة اشهر حيضة واحدة فلا تعارض بينهما ـ ولكن الظاهر عدم العامل بالخبر الثاني وعن الشيخ في الاستبصار حمله على ضرب من الندب والاحتياط ـ فهو مطروح ويبقى الاول (واما الثاني) فقد استدل بخبر سورة صاحب الحدائق ره لان مسترابة الحمل تصبر تسعة اشهر لبرائة رحمها فان ظهر عدم كونها حاملا تصبر ثلاثة اشهر بعد التسعة ـ ويرد عليه انه لم يفرض في الرواية كونها مسترابة الحمل ـ واستفادة ذلك من حكمه عليه السلام بانها تتربص تسعة اشهر من جهة انها اقصى الحمل ـ يدفعها فرض ذلك من حين الطلاق لا من حين الوطء ـ فلو فرض كونه معتزلا لها ازيد من ثلاثة اشهر تجاوزت المدة المذكورة اقصى الحمل على جميع الاقوال ـ وايضا فعمومه يشمل ما لو علمت عدم الحمل من الاول أو علمت به في الاثناء من جهة ان الحمل يظهر بعد مضى ثلاثة اشهر غالبا كما يشير اليه النصوص وسيجيء لذلك زيادة توضيح .

ثم انه حيث يكون الاعتداد بعد مضى التسعة اشهر وتبين عدم الحمل ومضى عدة غير المسترابة من الاقراء او الشهور بثلاثة اشهر خلاف القاعدة والحكم رتب على موضوع خاص ـ فالمتعين الاقتصار على مورده وعدم التعدى عنه ـ وعليه فهل يقتصر على ما اذا رأت الدم في الشهر الثالث كما عن ظاهر الشرايع ام يعم ما لو رأت في الشهر الاول او الثاني واحتبس ـ مقتضى الجمود على النص هو الاول لظهور السؤال فيه فالحاق غيره يحتاج الى دليل وليس الا الوجوه الاعتبارية ـ فالمتحصل مما ذكرناه انه لا وجه لحمل الخبر على مسترابة الحمل التي رأت الدم في دون الثلاثة اشهر ثم ارتفع حيضها و لو لعارض معلوم من عادة و نحوها كما عن غير واحد بل المتجه الاقتصار على مورد النص .

عدة من تحيض فی كل ثلاثة اشهر او ازيد مرة

٣- لو كانت لاتحيض الابعد ثلاثة اشهر او ازيد مرة فلاخلاف فی انها تعتد بالاشهر دون الاقراء بل عن الخلاف والسرائر وكشف اللثام دعوى الاتفاق عليه- ويشهد به نصوص كحسن(١) زرارة عن الصادق عليه السلام عن التی لاتحيض الافی ثلاث سنين اوفی اربع سنين قال عليه السلام تعتد بثلاثة اشهر ثم تتزوج ان شائت- وصحيح(٢) محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام انه قال فی التی تحيض فی كل ثلاثة اشهر مرة اوفی ستة اوفی سبعة اشهر والمستحاضة والتی لم تبلغ المحيض والتی تحيض مرة ويرتفع مرة والتی لاتطمع فی الولد والتی قد ارتفع حيضها وزعمت انها لم تياس و التی ترى الصفرة من حيض ليس بمستقيم فذكر ان عدة هؤلاء كلهن ثلاثة اشهر - وصحيح(٣) ابی بصير عن الصادق عليه السلام فی المرئة التی يطلقها زوجها وهی تحيض كل ثلاثة اشهر حيضة فقال عليه السلام اذا انقضت ثلاثة اشهر انقضت عدتها يحسب لها لكل شهر حيضة- وصحيح(٤) ابی مريم عنه عليه السلام عن الرجل كيف يطلق امرأته وهی تحيض فی كل ثلاثة اشهر حيضة واحدة قال عليه السلام يطلقها تطليقة واحدة فی غرة الشهر فاذا انقضت ثلاثة اشهر من يوم طلاقها فقد بانت منه وهو خاطب من الخطاب ومنه يعلم كون المراد من حيضها فی كل ثلاثة اشهر بعدها .

وبازاء هذه النصوص نصوص تدل على ان من تحيض كل ثلاث سنين مرة تعتد بعادتها السابقة- كخبر(٥) ابی الصباح الكنانی عن الصادق عليه السلام عن التی تحيض كل ثلاث سنين مرة كيف تعتد قال عليه السلام تنتظر مثل قرئها الذی كانت تحيض فيه فی الاستقامة فلتعتد ثلاثة قروء ثم لتتزوج ان شائت -هكذا رواه الصدوق ولكن الكلينی

(١-٢-٣) الوسائل باب ٤ من ابواب العدد حديث ١١ -١- ٢

(٤) الوسائل باب ١٣ من ابواب العدد حديث ٣

(٥) الوسائل باب ٤ من ابواب العدد حديث ١٠

والشیخ رویاه مع تبدیل سنین باشهر ـ ولا یبعد اصحیة الاول فان الخبر مروی (١) عن الکنانی بطریق آخر مع لفظ سنین ـ وایضا فیطابق علی هذا علی خبری (٢) ابی بصیر وهارون بن حمزة الغنوی والامر سهل بعد عدم وجود العامل بها علی التقدیرین الاعن الشیخ فی کتاب الحدیث فیتعین طرحها او حملها علی ارادة الکنایة بذلك عن الاشهر علی معنی احتساب کل شهر بحیضة کما یشیر الیه خبر ابی بصیر المتقدم بل الظاهر تعین ارادة المعنی الکنائی منها فان المفروض فی السؤال انها تحیض کل ثلاث سنین مرة الظاهر فی عدم عادة مغایرة لذلك لها سابقا ولا اقل من السکوت عن ذلك فقوله تنتظر مثل قرئها الذی کانت تحیض فی الاستقامة کما تری لا یلائم مع السؤال الا بارادة انها تفرض مستقیمة الحیض فتعتد ثلاثة قروء علی ذلك الفرض وحیث ان لکل شهر حیضا فیکون المراد انها تعتد بثلاثة اشهر فهذه النصوص منطبقة علی النصوص المتقدمة.

ثم انه هل یکتفی بثلاثة اشهر مطلقا وان لم تکن بیضا کما عن التحریر حیث قال انها متی کانت لا تحیض فی کل ثلاثة اشهر فصاعداً تعتد بالاشهر ولم یعتد بعروض الحیض فی اثنائها کما فرضناه انتهی وقد یستظهر من اطلاق المصنف فی سایر کتبه والمحقق فی الشرایع حیث قالا اعتدت بالاشهر وان کان فی ذلك نظر واضح ـ ام لا یکتفی بها بل لا بد من ثلاثة اشهر بیض فلو کانت لا تحیض الا بعد اربعة اشهر مثلا وطلقت حیث بقی الی حیضها شهرا اعتدت بثلاثة اشهر بیض بعد الحیض فتکون ایام عدتها ح اربعة اشهر وعشرا ان کانت عادتها فی الحیض عشرا وجهان ـ اظهرهما الثانی لان اطلاق نصوص المقام وان اقتضی ذلك الا انه یتعین تقییده بالنصوص المتقدمة المشترطة فی الاعتداد بالاشهر خلوها من الحیض ولو مرة ـ اللهم الا ان یقال انما دل علی اعتبار الخلو عن الحیض انما هو فی المسترابة من المحیض والمقام لیس منها والاحتیاط سبیل النجاة.

(١-٢) الوسائل باب ٤ من ابواب العدد حدیث ١٥-١٤-١٩

ثم انه يتوجه هنا اشكال على سيد الرياض حيث انه فى المسترابة قال يعتبر فى الثلاثة اشهر التى تعتد بها الاتصال بالطلاق وان من لم تكن طاهرة بعد الطلاق ثلاثة اشهر يتعين عليها ان تعتد بالاقراء ويصرح فى المقام بان من لا تحيض فيما دون ثلاثة اشهر مندرجة فى المسترابة ومع ذلك التزم بانها تعتد بثلاثة اشهر وان لم تمض عليها ثلاثة قروء ـ وفراراً من هذا الاشكال يلتزم بتخصيص السابقة باليائسة من المحيض الا انها فى سن من تحيض دون هذه فانها غير يائسة بل ذات عادة مستقيمة لكن على خلاف العادة لتحيضها فى كل شهر مرة ـ وبه وان اندفع هذا الاشكال لكن يبقى عليه اشكال انه ما الوجه ح فى تقييد اطلاق نصوص الباب بكون الثلاثة اشهر خالية عن الحيض اذ لم يذكر له وجها سوى ما فى تلك النصوص فتدبر ـ فالاظهر عدم اعتبار هذا القيد ـ

عدة المسترابة بالحمل

٤ـ لو ارتابت المطلقة بالحمل ـ فان كان ذلك بعد انقضاء العدة والنكاح لم يبطل النكاح لحسن (١) محمد بن حكيم عن العبد الصالح عليه السلام قال قلت له المرئة الشابة التى تحيض مثلها يطلقها زوجها فيرتفع طمثها ما عدتها قال عليه السلام ثلاثة اشهر قلت جعلت فداك فانها تزوجت بعد ثلاثة اشهر فتبين لها بعد ما دخلت على زوجها انها حامل قال عليه السلام هيهات من ذلك يا ابن حكيم رفع الطمث ضربان اما فساد من حيضة فقد حل لها الازواج وليس بحامل واما حامل فهو يستبين بثلاثة اشهر لان الله تعالى قد جعله وقتا يستبين فيه الحمل قال قلت فانها ارتابت بعد ثلاثة اشهر قال عدتها تسعة اشهر قلت فانها ارتابت بعد تسعة اشهر قال عليه السلام انما الحمل تسعة اشهر قلت فتزوج قال عليه السلام تحتاط بثلاثة اشهر قلت فانها ارتابت بعد ثلاثة اشهر قال عليه السلام ليس عليها ريبة تزوج الخبر.

---

(١) الوسائل باب ٢٥ من ابواب العدد حديث ٤

ولو كان ذلك بعد انقضاء العدة و قبل النكاح - فالظاهر انه لاخلاف في انه يجوزلها التزويج-وما في ذيل الحسن - وما في موثقه (١) الاخر عنه عليه السلام قلت له له المرئة الشابة التي تحيض مثلها يطلقها زوجها وير تفع حيضها كم عدتها قال عليه السلام ثلاثة اشهر قلت فانها ادعت الحبل بعد ثلاثة اشهر قال عليه السلام عدتها تسعة اشهر قلت فانها ادعت الحبل بعد تسعة اشهر قال عليه السلام انما الحبل تسعة اشهر قلت تزوج قال عليه السلام تحتاط بثلاثة اشهر قلت فانها ادعت بعد ثلاثة اشهر قال عليه السلام لاريبة عليها تتزوج ان شائت-لاينافيان ذلك - فان الاول محمول على استبانة الحمل بقرينة نفيه عليه السلام الريبة بعد الثلاثة اشهر ان لم يستبن الحمل - والثاني محمول على صورة ادعائها الحمل بل هـو صريحه نحو خبره (٢) الثالث عن ابي عبدالله عليه السلام اوابي الحسن (ع) قلت له رجل طلق امرأته فلما مضت عليها ثلاثة اشهر ادعت حبلا قال عليه السلام ينتظر بها تسعة اشهر الخ-ومن الواضح ان حكم ادعائها الحمل حكم استبانته لما تقدم من ان العدة والحمل الى النساء-و بالجملة مقتضى اطلاق الادلة انقضاء عدة المسترابة بالحمل بعد الثلاثة اشهر و روايـات ابن حكيم لاتنافيها.

انما الكلام فيما لوارتابت به قبل انقضاء العدة فان المحكي عن الشيخ والمصنف ره في التحرير والمختلف انه لايجوزلها ان تنكح ولو انقضت العدة ومال اليه صاحب الحدائق ره - وفي الشرايع وعن القواعد وغيرهما انه يجوزلها ان تنكح بعد انقضاء العدة مالم تتيقن الحمل (واستدل) للاول- باخبار محمد بن حكيم المتقدمة-و بصحيح (٣) ابن الحجاج اوحسنه سمعت ابا ابراهيم عليه السلام يقول اذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلا انتظر بها تسعة اشهر فان ولدت والااعتدت بثلاثة اشهر ثم قدبانت منه - وبخبر سورة المتقدم- وباستصحاب حالها الى انقضاء عدة الحامل ولولانها من شبهة الموضوع وبابتناء النكاح على الاحتياط (وفي الكل) مناقشة اما اخبار ابن حكيم فلمامر من ان الاخيرين منها في صورة ادعائها الحمل- والاول محمول على استبانة الحمل او

(١-٢-٣) الوسائل باب ٢٥ من ابواب العدد حديث ٢-٥-١

على ضرب من الندب اما الاول فلمامر - واما الثاني فلانه عليه السلام حكم اولا بانه مع استبانة الحمل بعد التزويج لاعبرة بها فامره متصلا بذلك بالتربص تسعة اشهر بالريبة بعد الثلاثة لابد من حمله عليه - واما صحيح ابن الحجاج فهو في صورة ادعائها الحمل بعد الطلاق فغير مربوط بالمقام - واما خبر سورة فلما تقدم في الفرع السابق من عدم فرض ريبة الحمل فيه - وتقييده بذلك بقرينة اخبار ابن حكيم كما في الحدائق كما ترى - واما الاستصحاب فهو محكوم باستصحاب عدم الحمل - واما ابتناء النكاح على الاحتياط فلا يصلح دليلا على المنع عنه بعد فرض دلالة المطلقات على جوازه - فالاظهر ان المسترابة بالحمل قبل انقضاء العدة يجوز لها ان تنكح بعد انقضائها مالم تتيقن بالحمل - لانقضاء العدة شرعا واصل انتفاء الحمل كما عن القواعد - نعم لو انكشف حملها من المطلق بطل النكاح الثاني - ولا يخفى وجهه - ولو انكشف ذلك بعد مالو كان الريبة وانكشاف الحمل بعد انقضاء العدة والنكاح بل و قبل النكاح يصح النكاح الثاني كما مر والله العالم.

٥- المراد بالشهر الهلالي منه لكونه حقيقة فيه وعليه فلو طلقت في اول الهلال عرفا اعتدت بثلاثة اشهر بالاهلة بلا خلاف ولا اشكال - يشهد به مضافا الى ظهور الادلة من جهة ما ذكرناه صحيح ابي مريم المتقدم - ولو طلقت في الاثناء اعتدت بهلالين لتمكنها منهما واخذت من الثالث بقدر الفائت من الشهر الاول كما صرح به جماعة ليتحقق صدق الثلاثة اشهر بالاهلة عرفا - اذ المنساق الى الذهن من ترتيب ما هو من قبيل هذه الاحكام على الشهر ما يشمل الملفق ولا يعتبر ان لايكون ملفقا - وفي الرياض اكملت المنكسر خاصة بثلثين بعد الهلالين على الاشهر الاظهر - وقواه المحقق وقد يستدل له بانه حيث يتعذر في غير الشهرين الهلالي فينصرف الى العددي - ويظهر مافيه مما قدمناه كما يظهر به ما في القولين الاخرين وهو اعتبار العددي في الجميع نظرا الى انه يكمل الاول من الثاني فينكسر ويكمل من الثاني فينكسر ويكمل من الثالث فينكسر ويكمل من الرابع ،وتلفيق ما نقص من الاول بمقداره من الاخر - فلو كان الشهر الاول الواقع في نصفه الطلاق تسعة وعشرين يوما والشهر الرابع ثلثين

تكون ايامه ثلثين يوما الانصف يوم فالاظهر ماذكرناه تبعا لجمع من الاساطين .

عدة غير ذات العادة

٦ ـ لو استمر بالمعتدة الدم مشتبها بان تجاوز العشرة رجعت الى عادتها في زمان الاستقامة فتجعلها حيضا و الباقي استحاضة فيلحق بالاول حكم الحيض والباقي حكم الطهر الى وقت العادة من الشهر الآخر وتنقضي بذلك العدة كغير المستمرة بها الدم ـ ولو لم تكن لها عادة اما لكونها متبدئة اومضطربة او ناسية ـ ترجع الى الصفات على ما تقدمت في باب الحيض لانها طريق شرعي لمعرفة الحيض فتجعل واجد الصفات حيضا والباقي استحاضة فيلحق ـ بالاول حكم الحيض ـ و بالثاني حكم الطهر كما تقدم ـ وهذا مضافا الى انه مقتضى امارية الصفات ـ يشهد به في خصوص المقام مرسل (١) جميل عن احدهما عليهما السلام تعتد المستحاضة بالدم اذا كان في ايام حيضها او بالشهور ان سبقت لها فان اشتبها فلم تعرف ايام حيضها من غيرها فان ذلك لايخفى لان دم الحيض دم عبيط حار ودم الاستحاضة اصفر بارد ـ ولو اشتبه بنحو لايتحقق بالتمييز رجعت الى عادة نسائها من اقربائها او اقرانها على ما تقدم في باب الحيض ـ ويشهد به في خصوص المقام خبر (٢) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام عن عدة المستحاضة فقال تنظر قدر اقرائها فتزيد يوما اوتنقص يوما فان لم تحض فلتنظر الى بعض نسائها فلتعتد باقرائها ـ ولكنه كامارية عادة النساء لها مختص بالمبتدئة .

ولو اختلفن اوفقدن اعتدت بالاشهر كفاقد التمييز من المضطربة لصحيح (٣) الحلبي عن الصادق عليه السلام عدة المرئة التي لاتحيض والمستحاضة التي لاتطهر والجارية التي قد يئست ثلاثة اشهر ـ ومثله صحيح (٤) محمد بن مسلم وخبر (٥) ابي بصير وغيرهما

(١-٢) الوسائل باب ٥ من ابواب العدد حديث ١-٢

(٣-٤-٥) الوسائل باب ٤ من ابواب العدد حديث ٧-١-٩

ولا يلاحظ هنا ماذكروه فى باب الحيض من تحيض هذه بالروايات والظاهر عدم الخلاف فى ذلك فى المقام - ولامانع من الالتزام بالفرق بين المقامين.

عدة الحامل

﴿و﴾ المقام الرابع فى عدة ﴿ الحامل ﴾ المطلقة لاريب ولا كلام فى ان ﴿عدتها وضع الحمل﴾ ولو بعد الطلاق بلا فصل - والكتاب والسنة شاهدان به - اما الكتاب فقوله(١) تعالى «واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن» واما السنة فنصوص متواترة ستمر عليك جملة منها- فلا اشكال فى اصل الحكم اجمالا- انما الكلام فى مواضع.

١ - ان عدتها هل هى خصوص وضع الحمل كما هو المشهور شهرة عظيمة - ام اقرب الاجلين منه ومن الاقراء او الاشهر كما عن الصدوق وابن حمزة بل ظاهر المرتضى والحلى وجود غيرهما مخالفا- قال السيد مما يظن ان الامامية مجمعة عليه ومنفردة به القول بان عدة الحامل المطلقة اقرب الاجلين بمعنى ان المطلقة اذا كانت حاملا و وضعت قبل مضى الاقراء الثلاثة فقد بانت بذلك و ان مضت الاقراء الثلاثة قبل ان تضع حملها بانت بذلك ايضا انتهى- وقال الحلى وقد ذهب بعض اصحابنا الى ان الحامل عدتها اقرب الاجلين من جملتهم ابن بابويه و معنى ذلك انه ان مرت بها ثلاثة اشهر فقد انقضت عدتها ولا تحل للازواج حتى تضع مافى بطنها و ان وضعت الحمل بعد طلاقه بلا فصل بانت منه وحلت للازواج و تعجب منه انتهى - وقواه صاحب الجواهر ره.

واما النصوص فهى على طوائف-منها- مادل على ان المطلقة حاملا كانت او حائلا تعتد بالاشهر او الاقراء وقد تقدمت تلك النصوص-ومنها مادل على ان المطلقة الحامل عدتها وضع الحمل- كصحيح (٢) الحلبى او حسنه عن الصادق عليه السلام طلاق

---

(١) الطلاق آية ٥

(٢) الوسائل باب ٩ من ابواب العدد حديث ٨

الحبلى واحدة وان شاء راجعها قبل ان تضع فان وضعت قبل ان يراجعها فقد بانت منه وهو خاطب من الخطاب ـ وصحيح (۱) الجعفى عن ابى جعفر عليه السلام طلاق الحبلى واحدة فاذا وضعت مافى بطنها فقد بانت ورواه (۲) زرارة فى الصحيح عنه عليه السلام ـ ونحوها غيرها ـ ومنها ـ مادل على ان عدتها اقرب الاجلين ـ كخبر (۳) الكنانى عن الصادق عليه السلام طلاق الحامل واحدة وعدتها اقرب الاجلين ـ وصحيح (۴) الحلبى عن الصادق عليه السلام طلاق الحبلى واحدة واجلها ان تضع حملها وهو اقرب الاجلين ـ ومثله صحيح (۵) ابى بصير عنه عليه السلام.

والتحقيق فى مقام الجمع ان يقال ان النسبة بين الطائفتين الاولتين عموم مطلق فيقيد اطلاق الاولى بالثانية وتختص هى بغير الحامل ـ وما فى الجواهر بعد تقوية القول الثانى ضرورة كونه مقتضى الجمع بين الادلة كتابا وسنة اذ منها ما دل على اعتداد المطلقة بالثلاثة ومنها مادل على اعتداد الحامل مطلقة كانت او غيرها بالوضع فيكون ايهما سبق يحصل به الاعتداد ـ بعد القطع بعدم احتمال كون كل منهما عدة فى الطلاق كى يتوجه الاعتداد ح بابعدهما انتهى ـ يرد عليه ان نظره من مادل على اعتداد الحامل مطلقة كانت اوغيرها بالوضع ان كان الى النصوص فهى فى الطلاق ـ وان كان الى الاية الكريمة فهى ايضا بقرينة كون الخطاب للازواج مختصة به ـ اضف اليه ماعن مجمع البيان فى ذيل الاية قال هى فى المطلقات خاصة وهو المروى (۶) عن ائمتنا ـ واما الطائفة الثالثة فخبر الكنانى منها ظاهر فى ان عدة الحامل اسبق العدتين واقربهما بل وكك الاخران وتكون هى وجه جمع بين الطائفتين الاولتين ويؤيده ايضا ماعن المختلف من ان خبر زرارة عن الباقر عليه السلام يدل عليه وان كان لم يصل الينا لكنه بحكم الخبر المرسل.

واورد عليها بايرادين ـ احدهما ماعن المدارك من ان العمدة فيها خبر الكنانى وهو ضعيف السند لاشتماله على محمد بن الفضيل وهو مشترك ـ وفيه ان الظاهر بقرينة

(۱-۲-۳-۴-۵-۶) الوسائل باب ۹ من ابواب العدد حديث ۴-۱-۳-۶-۲-۹

رواية محمد بن اسماعيل عنه انه الثقة - الثاني انه قد فسر اقرب الاجلين في الصحيحين الاخيرين منها بوضع الحمل وجعل ذلك اقرب الاجلين - وفيه ان المراد بهما الاعتداد بالوضع حال كونه اقرب الاجلين - فالجملة اى قوله وهو اقرب الاجلين حالية فيوافقان الخبر الاول اذ جعلها جملة مستانفة لاحاصل له ضرورة انه في الخارج قد يكون الوضع اقرب وقد يكون ابعد كما هو واضح - فالمتحصل - ان الجمع بين النصوص يقتضي البناء على القول الثاني.

عدة الحامل اذا وضعت السقط

٢- لا اشكال في انه لا فرق في هذا الحكم بين كون الحمل تاما - اوغير تام فبوضعه تنقضي العدة ﴿و ان كان سقطاً﴾ و يشهد به مضافا الى اطلاق الكتاب والسنة - موثق(١) ابن الحجاج عن ابي الحسن عليه السلام عن الحبلى اذا طلقها زوجها فوضعت سقطا تم اولم يتم اووضعته مضغة فقال عليه السلام كل شيء يستبين انه حمل تم اولم يتم فقد انقضت عدتها وان كان مضغة - انما الكلام فيما اذا كان نطفة او علقة.

اما النطفة فالمشهور بين الاصحاب انه لاعبرة بها مع عدم استقرارها بل معه وان قال الشهيد الثاني فيه وجهان من الشك في كونه قد صار حملا - وعن الشيخ و الجامع والتحرير انقضاء العدة بوضعها - واستدل له باطلاق الادلة - وبان النطفة مبدء نشو الادمي - ولكن يرد الثاني ان الميزان صدق الحمل - لا كونه مبدأ النشو - ويرد ما قبله ما ذكره الفقهاء من عدم صدق الحمل عليه ولا اقل من الشك فلا يصح التمسك باطلاق النصوص - وربما يشعر بذلك الموثق فانه في مقام بيان ان اقل ما بوضعه ينقضي العدة قال وان كان مضغة.

وبما ذكرناه يظهر حكم العلقة وهي القطعة من الدم التي لاتخطيط فيها وقد نسب

---

(٣)الوسائل باب ١١ من ابواب العدد حديث ١

الى المحقق وجماعة موافقة الشيخ فيها وعن المسالك وهوقريب مع العلم بانها مبدأ نشو آدمى ولكن الدليل على الطرفين مشترك بينها وبين النطفة فالفرق في غير محله .

ولو ثبت كون السقط مضغة سواء ظهر فيه خلق ادمى من عين اوظفر اويد اورجل اولم يظهر تنقضى العدة بوضعه لاطلاق الموثق -ولوشك فيه - فهل يكتفى بالظن كما عن القواعد-اوتقبل شهادة مهرة الفن فى ذلك -ام يعتبر العلم وجوه - خيرها اوسطها لان الاصل في الظن عدم الحجية - وما افاده المصنف ره من قيامه مقام العلم في الشرع اذا تعذر العلم - يدفعه ان ذلك فيما اذا لم يكن هناك طريق اخر للامتثال وفى المقام يمكن - واعتبار العلم وان كان مقتضى القاعدة والموثق فانه قال كل شيء يستبين انه حمل - لكن لما كان قول اهل الخبرة حجة و بناء العقلاء على الرجوع اليهم وامضاء الشارع الاقدس فقولهم حجة شرعية وقد حقق في محله قيام الامارات مقام العلم المأخوذ فى الموضوع على وجه الطريقية .

عدة الحامل باثنين

-٣- لو كانت المرئة حاملا باثنين فولدت احدهما فهل تبين بذلك وان لم ينكح الابعد ولادة الثاني - او انهـا لاتبين الابعد وضع الثاني قولان - الى الاول ذهب الشيخ في النهاية و ابن البراج وابن حمزة والاسكافي والمحدث البحرانـي و المحدث العاملي-وعن الشيخ فى الخلاف والمبسوط والحلي والمصنف والمحقق وغيرهم اختيار الثاني - وفى الرياض والاشهر بين الطائفة بل ادعى عليه الشيخ فـى الخلاف اجماع العلماء الامن عكرمة هوعدم الانقضاء الابوضع الحمل اجمع انتهى

واستدل للاول -بان الحمل يصدق على الواحد فبوضعه يصدق وضع الحمل الماخوذ فى الادلة غاية العدة - وبانه لاريب فى انه كك حالة الانفراد و كذا عند الاجتماع للاستصحاب-و بخبر(١) عبدالرحمان عن الصادق عليه السلام عن رجل طلق امرأته وهي حبلى

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب العدد حديث ١

و كان في بطنها اثنان فوضعت واحد او بقي واحد قال عليه السلام تبين بالاول و لاتحل للازواج حتى تضع مافي بطنها ـ ولكن يردعلى الاول ان الغاية ليست هي وضع الحمل ـ بل وضع حملها اوما في بطنها وماشا كل ومن المعلوم ان هذه العناوين لاتصدق على وضع واحد بعد كون الباقي في البطن واحدا او اكثر فانه وضع بعض حملها اومافي بطنها لاوضع حملها ـ ويردعلى الثاني انه في حال الانفراد يكتفي به لصدق الموضوع وفي حال الاجتماع لايصدق كماعرفت ـ والاستصحاب تعليقي لايجري مع انه لامورد له مع اطلاق الدليل وظهوره ـ واما الخبر فهو ضعيف السند لاشتماله على جعفر بن سماعة الذي هو مجهول اوضعيف والحسن بن سماعة الذي هو واقفي لم يثبت وثاقته وافتاء من تقدم بمضمونه لايوجب جبر الضعف بعد عدم عمل الاكثر به ورجوع الشيخ عنه ـ واما مارواه(١) الطبرسي في مجمع البيان قال وروى اصحابنا ان الحامل اذاوضعت واحدا انقطعت عصمتها من الزوج ولا يجوزلها ان تعقد على نفسها لغيره حتى تضع الاخر ـ فالظاهر ان نظره الى هذا الخبر وعلى فرض كونه خبرا آخر فلارساله لايعتمد عليه ـ فالاظهر انها لاتبين الا بوضع الجميع .

ثم انه على القولين لايجوز لها التزويج ما لم تضع الاخر لتصريح الخبر به ـ وثمرة الاختلاف انما هي في جواز الرجعة ووجوب النفقة فيثبتان على المختار وينتفيان على القول الاخر .

ـ٤ـ لوحملت من زنا ثم طلقها الزوج اعتدت بالاشهر او الاقراء لا بالوضع بلاخلاف بل عليه ظاهر اتفاق كلمة الاصحاب كما في الحدائق ـ لانه يعتبر في الحمل كونه منسوبا الى من العدة منه اماظاهرا او احتمالا فمع القطع بعدم الانتساب اليه وكونه من الزنا كما لو علم انتفائه عن الفراش بكونه غائبا عنها تلك المدة او تلد تاما لدون ستة اشهر من يوم النكاح تعتد بما تعتد به لولا الزنا فان الزنا لاحرمة له حملت منه اولم تحمل ولا يلحق بالزاني ولذا لوحملت من الزنا ولم تكن ذات بعل فانه يجوزلها التزويج قبل ان تضع

---

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب العدد حديث ٢

وبالجملة الحكم من المسلمات فلاحاجة الى اطالة الكلام فيه نعم لو لم تحمل من الزنا فعن المصنف ره في التحرير والشهيد الثاني في المسالك والمحدث البحراني ان عليها العدة وقد تقدم الكلام في ذلك في المسئلة الثالثة من مسائل مايحرم بالمصاهرة في كتاب النكاح كما انه قد تقدم في كتاب النكاح في مبحث مايحرم بالمصاهرة حكم مالو وطئت المرئة شبهة والحق الولد بالواطء لمبعد الزوج عنها ثم طلقها الزوج وانه يجب عليها عدتان - و حكم تداخل العدتين - وانها تعتد عدة الطلاق بعد الوضع فراجع فلانطيل الكلام بالاعادة.

عدة المتوفى عنها زوجها

﴿و﴾ المقام الخامس - في ﴿ عدة الحرة المتوفى عنها زوجها ﴾ المنكوحة بالعقد الصحيح الدائم - لاخلاف في ان عدتها - اذا كانت حائلا ﴿اربعة اشهر وعشرة ايام﴾ بل الاجماع بقسميه عليه - ويشهد به قوله تعالى (١) «والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا» - ونصوص صحاح مستفيضة و غيرها من المعتبرة التي كادت تكون متواترة بل متواترة وستمر عليك جملة منها وتمام الكلام في ضمن فروع.

١ - هل يختص ذلك بالعقد الدائم كما عن جماعة منهم المفيد والمرتضى والعماني وسلار - واما عدة المتمتع بها من الوفاة فعدتها شهران و خمسة ايام ام لا يختص به فعدتها ايضا اربعة اشهر وعشرا - وقدمر الكلام في ذلك مفصلا في المسألة الاخيرة من الفصل الرابع في المتعة من كتاب النكاح.

٢ - هل يختص ذلك بالمدخول بها فلاعدة على من لم يدخل بها لومات زوجها ام يعمها فيه طائفتان من الاخبار احداهما تدل على العموم وهي كثيرة - كصحيح (٢)

---

(١) البقرة آية ٢٣٥

(٢) الوسائل باب ٣٥ من ابواب العدد حديث ١

محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام في الرجل يموت وتحته امرأة لم يدخل بها قال عليه السلام لها نصف المهر ولها الميراث كاملا وعليها العدة كاملة و نحوه غيره - ثانيتهما - تدل على انه لاعدة عليها - كخبر (١) محمد بن عمر الساباطي قال سألت الرضا عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فطلقها قبل ان يدخل بها قال عليه السلام لاعدة عليها وسالته عن المتوفى عنها زوجها من قبل ان يدخل بها قال عليه السلام لاعدة عليها هما سواء - ولكن النصوص الاول - مشهورة بين الاصحاب فانه لاخلاف بينهم في ان عليها العدة - وموافقة للقرآن - ومخالفة للعامة - واصح سندا من الاخير وغير تلكم من المرجحات الموجبة لتقديمها - مضافاً الى ضعف سند الاخير فيطرح اويحمل على التقية كما يشهد به بعض نصوص الباب.

٣- مقتضى اطلاق الكتاب والسنة وصريح الاجماع عموم الحكم لكل امرأة ﴿صغيرة﴾ كانت ﴿اويائسة اوغيرهما﴾ بالغا كان الزوج اوغير بالغ كما عرفت عمومه لمن ﴿دخل بها اولا﴾.

٤- قدتقدم في عدة الحائل ان الشهر حقيقة في الهلالي منه دون العددي حتى في صورة التلفيق - واما اليوم فالمراد به في المقام مجموع الليل والنهار للاتفاق كما عن كشف اللثام والاجماع كما عن المسالك على ان المراد بالعشر عشر ليالي مع عشرة ايام فتبين بغروب الشمس من اليوم العاشر - وعن الاوزاعي انها تبين بطلوع الفجر العاشر لتذكير العدد في الاية المقتضي للتانيث في تمييزه فيكون ليالي - ولكن يرد عليه مضافا الى ماعرفت تصريح بعض اهل العربية بان ذلك فيما اذا كان التمييز مذكورا والا فيجوز تناوله للمذكر والمؤنث .

٥- مقتضى اطلاق الاية الكريمة والنصوص المستفيضة كون ذلك عدة للمتوفى عنها زوجها مطلقا - ﴿و﴾ لكن قام الاجماع على انها ﴿لو كانت حاملا ف﴾ تعتد بـ ﴿ابعد الاجلين﴾ من المدة المزبورة و مدة وضع الحمل - ويشهد به ايضاً نصوص

(١) الوسائل باب ٣٥ من ابواب العدد حديث ٤

مستفيضة ـ كصحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام في الحامل المتوفى عنها زوجها تنقضي عدتها آخر الاجلين ـ وموثق (٢) عبدالله بن سنان عنه عليه السلام الحبلى المتوفى عنها زوجها عدتها آخر الاجلين ـ وموثق (٣) محمد بن مسلم قال قلت لابي عبدالله عليه السلام المرئة الحبلى المتوفى عنها زوجها تضع و تزوج قبل ان يخلو اربعة اشهر وعشر قال ان كان زوجها الذي تزوجها دخل بها فرق بينهما واعتدت ما بقي من عدتها الاولى وعدة اخرى من الاخير وان لم يكن دخل بها فرق بينهما و اعتدت ما بقي من عدتها وهو خاطب من الخطاب ـ وموثق (٤) سماعة قال المتوفى عنها زوجها الحامل اجلها آخر الاجلين ان كانت حبلى فتمت لها اربعة اشهر وعشر ولم تضع فان عدتها الى ان تضع وان كانت تضع حملها قبل ان يتم لها اربعة اشهر وعشر تعتد بعدما تضع تمام اربعة اشهر وعشر وذلك ، ابعد الاجلين الى غير ذلك من النصوص ـ ولا يهمنا البحث في انه لو لم تكن هذه النصوص هل كان مقتضى الجمع بين آيتي اولى الاحمال والوفاة ذلك ام لم يكن نظراً الى ان آية اولى الاحمال في المطلقة خاصة .

في الحداد

﴿و﴾ تمام الكلام في هذا الفصل يقتضي البحث في مسائل ـ الاولى ـ لاخلاف بين كافة اهل العلم من الخاصة والعامة انه يلزم ﴿عليها الحداد﴾ اى على المتوفى عنها زوجها مادامت في العدة ـ والاخبار به من الفريقين متظافرة ـ منها ما امر فيه بالحداد ـ كالنصوص الاتية المتضمنة لان المتوفى عنها زوجها تعتد من يوم يأتيها الخبر لانها تحد ـ ومرسل (٥) الواسطي عن بعض اصحابنا عن الصادق (ع) يحد الحميم حميمه ثلاثا والمرئة على زوجها اربعة اشهر وعشرا ـ والحداد لغة وشرعا عبارة عن ترك الزينة في الثياب والبدن كما صرح به جماعة من اللغويين والفقهاء

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب ٣١ من ابواب العدد حديث ١-٥-٦

(٥) الوسائل باب ٢٩ من ابواب العدد حديث ٦

- ومنها ماامر فيه بالحداد وفسر الحداد بما تقدم - كخبر (١) زرارة عن ابى جعفر عليه السلام ان مات عنها يعني وهو غائب فقامت البينة على موته فعدتها من يوم ياتيها الخبر اربعة اشهر وعشراً لان عليها ان تحد في الموت اربعة اشهر وعشرا فتمسك عن الكحل والطيب والاصباغ - ومنها ماتضمن النهي عن الامور المزبورة - كصحيح (٢) ابن ابى يعفور عن الصادق عليه السلام عن المتوفى عنها زوجها فقال لاتكتحل للزينة ولاتطيب ولا تلبس ثوبا مصبوغا ولاتبيت عن بيتها وتقضى الحقوق وتمشط بغسلة وتحج وان كان في عدتها - والغسلة بالكسر الطيب وما تجعله المرئة في شعرها عند الامتشاط كذا عن مجمع البحرين والصحاح - وعن القاموس انها ماتجعله المرئة في شعرها عند الامتشاط وما يغسل به الرأس من خطمي ونحوه عن الصحاح - وفي المنجد ما يغسل به من ماء واشنان وغيرهما - فالمتيقن مالم يشتمل على الطيب والصبغ للنهي عنهما - ثم ان قوله للزينة ظاهر في كونه علة للنهي عن الاكتحال فيدل على ان الممنوع عنه الاكتحال الذى يصدق عليه الزينة فلابأس بما لايعد زينة - وبه يقيد اطلاق النهى عن الكحل في غيره كخبر زرارة - وخبر (٣) ابى العباس قلت لابى عبدالله عليه السلام المتوفى عنها زوجها قال لاتكتحل لزينة ولاتطيب ولاتلبس ثوبا مصبوغا ولاتخرج نهارا ولاتبيت عن بيتها قلت ارأيت ان ارادت ان تخرج الى حق كيف تصنع قال عليه السلام تخرج بعد نصف الليل وترجع عشاء ونحوهما غيرهما - ومنها ماتضمن النهى عن التزيين - كخبر (٤) زرارة عن الصادق عليه السلام المتوفى عنها زوجها ليس لها ان تطيب ولاتزين الحديث.

فالمتحصل من مجموع هذه النصوص ان المنهى عنه هو تزيين نفسها بالكحل أو الصبغ أو الطيب - و لباسها - بلبس الاثواب المصبوغة بصبغ يعد زينة في اللباس - واما لبسها الثياب الفاخرة والمصبوغة بصبغ بعيد عن شبهة الزينة كالاسود والازرق ومايدخل على الثوب لنفي الوسخ عنه - وتمشيط رأسها وغسلها والسواك وتقليم الاظفار ودخول الحمام والاكتحال بما لايعد زينة وافتراش الفرش النفيسة والمساكن

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب ٢٩ من ابواب العدد حديث ١-٢-٣-٤

المزينة وتزيين اولادها وماشاكل مما لايرجع الى تزيين نفسها فلابأس بها - ثم انه بازاء تلك النصوص مايظهر منه عدم حرمة الزينة كموثق (١) الساباطي عن الصادق عليه السلام انه سئله عن المرئة يموت عنها زوجها هل يحل لها ان تخرج من بيتها في عدتها قال (ع) نعم وتختضب وتكتحل وتمتشط وتصبغ وتلبس المصبغ وتصنع ماشائت بغير زينة لزوج - ولكنه مطلق قابل للحمل على ما اذا لم يعد ذلك زينة فيدل على ان هذه الامور من حيث هي لاتكون حراما - والجمع بينه وبين ماتقدم يقتضي البناء على جواز تلكم ان لم تعد زينة والافتحرم وان لم يكن هذا الجمع عرفيا يتعين طرحه لارجحية ماتقدم .

ثم ان جملة من النصوص تضمنت النهي عن ان تخرج من بيتها نهارا وتبيت في غير بيتها - و لكن جملة اخرى من النصوص مشتملة على جوازهما - كموثق الساباطي المتقدم - وموثق (٢) ابن بكير سئلت اباعبدالله عليه السلام عن المرئة التي توفى عنها زوجها تحج قال عليه السلام نعم وتخرج و تنتقل من منزل الى منزل - ونحوه خبر (٣) عبيد بن زرارة - ومكاتبة (٤) الصفار في الصحيح للعسكري عليه السلام في امرأة مات عنها زوجها وهي في عدة منه وهي محتاجة لاتجد من ينفق عليها وهي تعمل للناس هل يجوز لها ان تخرج وتبيت عن منزلها في عدتها فوقع عليه السلام لاباس بذلك انشاء الله - ومرسل (٥) يونس عن ابي عبدالله عليه السلام عن المتوفى عنها زوجها تعتد في بيت وتمكث فيه شهرا اواقل من شهر او اكثر ثم تتحول منه الى غيره فتمكث في المنزل الذي تحولت اليه مثل مامكثت في المنزل الذي تحولت منه كذا صنيعها حتى تنقضي عدتها قال يجوز ذلك لها ولا باس - وصحيح (٦) الحلبي عنه عليه السلام قال سئل عن المرئة

---

(١) الوسائل باب ٢٩ من ابواب العدد حديث ٧

(٢-٣) الوسائل باب ٣٣ من ابواب العدد حديث ٣-٤

(٤-٥) الوسائل باب ٣٤ من ابواب العدد حديث ١-٢

(٦) الوسائل باب ٣٣ من ابواب العدد حديث ٦

يموت عنها زوجها ايصلح لها ان تحج او تعود مريضا قال عليه السلام نعم تخرج في سبيل الله ولا تكتحل ولا تطيب - الى غير ذلك من الاخبار .

والجمع بين الطائفتين يقتضي البناء على جواز الخروج والمبيت في غير منزلها على كراهية - وحيث ان الظاهر من جملة من النصوص جواز الخروج لغير ضرورة كعيادة المريض والمبيت في غير منزلها كك بل ان لها ان تبيت في كل منزل شائت و لو كل شهر في منزل - فلاوجه للجمع بينهما بحمل نصوص الجواز على صورة الضرورة كما افاده صاحب الحدائق ره بقرينة مكاتبة (١) الحميري الى صاحب الزمان ارواحنافداه سئلته عن المرئة يموت زوجها هل يجوز لها ان تخرج في جنازته ام لا فوقع عليه السلام تخرج في جنازته وهل يجوز لها وهي في عدتها ان تزور قبر زوجها ام لا فوقع عليه السلام تزور قبر زوجها ولا تبيت عن بيتها وهل يجوز لها ان تخرج في قضاء حق يلزمها ام لا تخرج من بيتها وهي في عدتها التوقيع اذا كان حق خرجت فيه وقضته وان كان لها حاجة ولم يكن لها من ينظر فيها خرجت لها حتى تقضيها و لا تبيت الا في منزلها - مع - ان تجويز الخروج من منزلها لتشييع جنازة زوجها و لزيارة قبرها ولقضاء حق يلزمها من دون الاستفصال بين ان يكون لها من ينظر فيه تجويز لجواز الخروج اختيارا نعم هي ظاهرة في عدم جواز المبيت في غير منزلها ولم يقيد ذلك بصورة دون اخرى فهي ايضا من نصوص المنع المطلقة والجمع بينها وبين غيرها ماتقدم .

ثم ان عدم الخروج - والمبيت وجوبا او استحبابا انما هو في المنزل الذى تختاره للاعتداد ولا يتعين بيتها الذى تسكن فيه في حال موت الزوج ولا بيت الزوج. كما يشهد به جملة من النصوص كموثق (٢) معاوية بن عمار عن ابي عبدالله عليه السلام عن المرئة المتوفى عنها زوجها تعتد في بيتها او حيث شائت قال عليه السلام بل حيث شائت

---

(١) الوسائل باب ٣٣ من ابواب العدد حديث ٨

(٢) الوسائل باب ٣٢ من ابواب العدد حديث ٣

ان عليا عليه السلام لما توفى عمر اتى ام كلثوم فانطلق بها الى بيته - وصحيح (١) سليمان ابن خالد عنه عليه السلام عن امرأة توفى عنها زوجها اين تعتد في بيت زوجها تعتد او حيث شائت قال عليه السلام حيث شائت الحديث و نحوهما غيرهما - وهذه النصوص ايضا تؤيد عدم وجوب المبيت في بيتها وعدم حرمة الخروج فان تلك تدل على جواز الخروج والمبيت بعد ما شرعت في الاعتداد فتدبر .

ثم ان المشهور بين الاصحاب انه لا فرق في وجوب الحداد بين الصغيرة والكبيرة والمسلمة والكافرة ولا بين المدخول بها وغيرها - وعن السرائر والجامع والمختلف و كشف اللثام وفي الحدائق عدم ثبوت ذلك في الصغيرة ومال اليه الشهيد في الروضة - وهو الاظهر من حيث الادلة فان هذا الخطاب كساير الخطابات الشرعية مختص بالبالغين ولا نص في توجيهه في المقام الى وليها ومقتضى الاصل عدم الوجوب - ولكن الظاهر اتفاقهم على انه على الولي ان يجنبها ما تتجنبه الكبيرة وهو الحجة خصوصا في مثل هذا الحكم الذي لا نص فيه وثبوته على خلاف القاعدة فيلتزم به

وفي الجواهر لا يخفى على من رزقه الله فهم اللسان مساواة الامر بالحداد للامر بالاعتداد الذي لا خلاف بين المسلمين فضلا عن المؤمنين في جريانه على الصغيرة فيجري مثله في الحداد - الى ان قال و بالجملة فالمراد التربص بها هذه المدة مجردة عن الزينة وهو معنى يشمل الصغير والكبير والعاقل و المجنون على معنى تكليف الولي بذلك انتهى (وفيه) ان الاعتداد عبارة عن عدم صحة تزويجها في تلك المدة وماشا كل ذلك ورتب على موت الزوج - ومثل هذا التكليف لا يصلح حديث (٢) رفع القلم عن الصبي لرفعه - واما الحداد فهو متعلق لحكم نفسي تكليفي متوجه الى من يجب عليها الحداد ولا ربط له بالاعتداد ولذا اتفقوا على كون الحداد واجبا على حدة لا شرطا في العدة فلو اخلت به ولو عمدا الى ان انقضت العدة حلت للازواج وتكون آثمة خاصة فهو مشمول

---

(١) الوسائل باب ٣٢ من ابواب العدد حديث ١

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات - و٣٦ من ابواب القصاص في النفس

لحديث الرفع فلا يكون واجبا عليها - ومن الغريب انه قده مع تصريحه بذلك يقول في آخر كلامه ان التكليف بالاعتداد والحداد من خطاب الوضع بالمعنى المزبور ولذا لم يتوقف صحة الاعتداد على ملاحظة الامتثال انتهى - انه مع تسليم عدم كونه شرطا لصحة الاعتداد - فاي وضع يكون هنا ليلتزم به في هذا الحكم فالعمدة هو الاجماع.

ثم ان الحكم مختص بالمتوفى عنها زوجها دون اقاربها والمطلقة - لاختصاص الادلة بها والاصل يقتضي عدم الوجوب على غيرها - اضف اليه الاجماع عليه في محكي الانتصار - ويشهد به في المطلقة نصوص - كموثق (١) الساباطي عن الصادق عليه السلام عن المرئة اذا اعتدت هل يحل لها ان تختضب في العدة قال عليه السلام لها ان تكتحل وتمشط وتصبغ وتلبس الصبغ وتختضب بالحناء وتصنع ماشائت لغير ريبة من الزوج - المحمول على المطلقة بقرينة ماسبق - وخبر (٢) زرارة عن الباقر عليه السلام عدة المتوفى عنها زوجها آخر الاجلين لان عليها ان تحد اربعة اشهر وعشرا وليس عليها في الطلاق ان تحد ونحوهما خبر (٣) علي بن جعفر - بل قد دلت النصوص (٤) على اولوية التزيين في عدة الطلاق الرجعي واما خبر (٥) مسمع بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام المطلقة تحد كما تحد المتوفى عنها زوجها ولا تكتحل ولا تتطيب ولا تختضب ولا تمتشط - فالجمع بينه وبين النصوص الواردة في المطلقة مطلقا يقتضي البناء على استحبابه لها ثم الجمع بينه وبين ماورد في الطلاق الرجعي يقتضي تقييده به فتكون نتيجة الجمع بين الاخبار استحباب ذلك للبائنة كما افاده الشيخ ره - فما في الجواهر لاريب في بعده لقصور الخبر عن اثباته - غير تام فانه ان كان نظره الى ما ادعاه من القصور ضعف السند فهو لا يضر بثبوت الاستحباب وان كان الى معارضة ما تقدم فيرده ان ذلك مقتضى الجمع العرفي بين النصوص.

---

(١) الوسائل باب ٤٧ من ابواب العدد ذيل حديث ٢ التهذيب ج٢ ص٢٧٢

(٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ٢١ من ابواب العدد حديث ٣-٦-٠-٥

عدة من مات زوجها بعد الطلاق

﴿و﴾ المسألة الثانية ﴿لومات﴾ الزوج ﴿ بعد الطلاق رجعيا اعتدت الحرة والامة للوفاة ﴾ ای استانفت عدة الوفاة بلاخلاف فيه كما عن المبسوط و يشهد به مضافا ان المطلقة الرجعية زوجة مادامت فی العدة كما مر - فيشملها ادلة عدة الوفاة كتابا وسنة - جملة من الاخبار كصحيح (۱) جميل اوحسنه عن بعض اصحابنا عن احدهما عليهما السلام فی رجل طلق امرأته طلاقا يملك فيه الرجعة ثم مات عنها قال عليه السلام تعتدبابعد الاجلين اربعة اشهر وعشرا - وخبر (۲) هشام بن سالم عن ابی عبدالله عليه السلام فی رجل كانت تحته امرأة فطلقها ثم مات قبل ان تنقضی قال عليه السلام تعتد ابعد الاجلين عدة المتوفی عنها زوجها - وصحيح (۳) محمد بن قيس عن ابی جعفر عليه السلام ايما امرأة طلقت ثم توفی عنها زوجها قبل ان تنقضی عدتها ولم تحرم عليه فانها ترثه ثم تعتد عدة المتوفی عنها زوجها - وموثق (۴) سماعة قال سألته عن رجل طلق امرأته ثم انه مات قبل ان تنقضی عدتها قال عليه السلام تعتد عدة المتوفی عنها زوجها ولها الميراث ونحوها غيرها

انما الكلام فی موردين - الاول - انه هل عليها ان تعتد بكلتا العدتين فلو طلقها زوجها و بعد مضی شهر مات زوجها فيجب ان تعتد شهرين آخرين للطلاق و اربعة اشهر وعشر اللوفاة فتعتد بعد الموت ستة اشهر وعشرا نظرا الی تحقق سببين للعدة فلاوجه للتداخل ولا للانتقال من عدة الطلاق الی عدة الوفاة - كما ذكر الاصحاب ذلك فيما لووطئها واطء بالشبهة فحملت ثم طلقها زوجها - وقالوا ان عليها عدتين بان تعتد اولا من الواطء بوضع الحمل ثم من الزوج عدة الطلاق معللين بانهما لاتتداخلان عندنا لانها حقان مقصودان للادميين كالدين فتداخلهما علی خلاف الاصل - او انها تعتد بعدة الوفاة خاصة اما للانتقال او لاصالة التداخل (والاظهر) هو الثانی لما ذكرناه

(۱-۲-۳-۴) الوسائل باب ۳۶ من ابواب العدد حديث ۵- ۱ -۳- ۹

في محله من ان مقتضى القاعدة هو التداخل في المسببات - ولان ذلك ظاهر النصوص حيث تضمنت انها تعتد بابعد الاجلين اربعة اشهر وعشر - اذ على الاول لابد وان تعتد بالاجلين لا بابعد الاجلين ولعل هذا هو الوجه في التزام الفقهاء في المقام بالانتقال وهو الفارق بينه وبين مسألة الوطء بالشبهة ثم الطلاق - مضافا الى انه في تلك المسألة النصوص ايضا تدل على عدم التداخل كما مر في محله .

الثاني لو كان عدة الطلاق ازيد من عدة الوفاة كالمسترابة التي يجب عليها في عدة الطلاق ان تصبر تسعة اشهر ثم ثلاثة اشهر فلو طلقها ثم بعد شهر مات زوجها - هل عليها ان تعتد عدة الوفاة - لان مقتضى اطلاق النصوص الانتقال - ام تعتد بعدة الطلاق خاصة لانها ابعد الاجلين ولا وجه للانتقال في هذا الفرض - لان الانتقال الى عدة الوفاة انتقال الى الاقوى والاشد فلا يكون سببا في الاضعف - ام يجب عليها اكمال عدة الطلاق ثلاثة اشهر بعد التسعة ثم تعتد عدة الوفاة اربعة اشهر وعشرا - ام يجب ان تعتد اربعة اشهر وعشرا بعد التسعة وجوه واقوال .

وملخص القول فيه انه على القول بعدم شمول نصوص الانتقال للفرض والبناء على اصالة عدم التداخل لابد من البناء على الثالث فان في المقام سببين احدهما مقتض للعدة سنة - والاخر سبب للعدة اربعة اشهر وعشر فلا وجه للاكتفاء بما دون ذلك وما في الجواهر من ان دليل عدة المسترابه منحصر في خبري سورة وعمار وهما مع الاعراض عن الثاني منهما غير شاملين للفرض قطعا - يرده - ان خبر سورة على فرض العمل به ولو في مورد خاص وهو مستقيمة الحيض التي لم تطمث في ثلاثة اشهر الامرة ثم ارتفع طمثها - الذى بنينا عليه تبعا لقدهـ - له اطلاق من هذه الجهة اي موت المطلق في اثناء العدة - نعم في غير هذا المورد لا يجب على المسترابة الا الاعتداد بالاشهر كما مر لكنه خارج عن فرض المسألة - كما ان ما افاده الشهيد الثاني من ان الحق الاقتصار في الحكم المخالف للاصل على مورده والرجوع في غيره الى ما يقتضيه القاعدة وغايتها هنا التربص بها الى ابعد الاجلين من الاربعة اشهر وعشر والمدة التي يظهر فيها عدم الحمل ولا يحتاج بعدها الى امر آخر - مردود بان خبر سورة ان شمل الفرض لزم

التربص بعد تلك المدة اربعة اشهر وعشرا بعد تلك المدة لعموم ادلة عدة الوفاة على القول بعدم التداخل والا فاللازم هو الاقتصار على الاربعة اشهر وعشر لاصالة عدم الحمل

وان قلنا باصالة التداخل وبنينا على عدم شمول نصوص الانتقال للفرض ـ فالمتعين هو البناء على القول الثاني ـ ولعل ذلك مبنى ما اختاره الشهيد الثاني ره فلا ايراد عليه

واما ان قلنا بشمول نصوص المقام للفرض فان استظهرنا منها انها تدل على الانتقال الى عدة الوفاة مطلقا ـ فاللازم هو البناء على القول الاول ـ و ان استظهرنا منها انها تدل على الانتقال الى الاقوى بمعنى ان اللازم هو الاعتداد بما هو ابعد خاصة فالمتعين هو البناء على القول الثاني ايضا و لايخفى وجهه ـ و لعل نظر الشهيد ره الى ذلك.

و التحقيق ان يقال لاينبغي التوقف في انه من نصوص الباب مالا يتضمن كلمة ابعد الاجلين كصحيح محمد بن قيس و موثق سماعة يشمل الفرض لكنه لايدل على الانتقال وانما يدل على لزوم عدة الوفاه عليها و هذا لاينا في لزوم عدة اخرى عليها بسبب آخر ـ وما تضمن منها كلمة ابعد الاجلين لايشمل الفرض لعدم كون عدة الوفاة ح ابعد الاجلين ـ ودعوى كون القيد غالبيا لاتصحح شمول ذلك للمقام ـ نعم هي لاتمنع من شمول ما ترك فيه الوصف ـ وعلى ذلك فكلتا الطائفتين اى نصوص عدة الوفاة وما دل على عدة الطلاق تشملان الفرض ـ وحيث ان المختار عندنا هو تداخل المسببات فاللازم عليها هو ان تعتد بابعد الاجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق وهو في الفرض ينطبق على الثاني ـ فالمتحصل مما ذكرناه ان الاظهر هو القول الثاني الذى ذهب اليه الشهيد الثاني ره ـ ثم ان المعروف بين الاصحاب ان الانتقال الى عدة الوفاة انما هو في الطلاق الرجعي.

﴿و﴾ اما ﴿لو كان﴾ الطلاق ﴿بائنا﴾ فلا تنتقل اليها بل ﴿اتمت عدة الطلاق﴾

وفي الجواهر بلا خلاف اجده فيه ـ لانها ح اجنبية لاتشملها ادلة عدة الوفاة ـ واما نصوص الباب فبعضها وان كان مطلقا الا ان بعضها مقيد بقوله ولم يحرم عليه الذى هو كناية عن الطلاق بائنا بناء على ان الظاهر مغايرة المعطوف للمعطوف عليه و ان

العطف التفسيرى خلاف الاصل وهو يقيد اطلاق غيره فتختص بالعدة الرجعية ففى البائنة يرجع الى الاصل المقتضى لعدم وجوب عدة اخرى عليها غير عدة الطلاق - واما خبر (١) على بن ابراهيم عن بعض اصحابنا فى المطلقة البائنة اذا توفى عنها زوجها وهى فى عدتها قال تعتد بابعد الاجلين - فلضعف سنده وقطعه واعراض الاصحاب عنه لايعتمد عليه - وهل يحكم بالاستحباب بضميمة قاعدة التسامح ام لا وجهان اشهرهما الثانى - لان قاعدة التسامح انما تجرى مع وورود رواية ضعيفة دالة على مطلوبية شىء - وما نقله على بن ابراهيم لم يثبت كونه رواية بل عن كشف اللثام الظاهر انه رأى راه بعض الاصحاب حكاه عنه على بن ابراهيم .

حرمة اخراج المطلقة الرجعية من بيت زوجها

﴿و﴾ المسألة الثالثة ﴿لايجوز للزوج ان يخرج﴾ المطلقة ﴿ الرجعية من بيت الطلاق حتى تخرج عدتها الا ان تاتى بفاحشة﴾ حاملا كانت اوحائلا بلا خلاف فى شىء من ذلك وفى الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه - ويشهد به من الكتاب قوله (٢) تعالى «ولاتخرجوهن من بيوتهن ولايخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة» ومن السنة اخبار كثيرة - كصحيح (٣) سعد بن ابى خلف قال سألت اباالحسن موسى عليه السلام عن شىء من الطلاق فقال عليه السلام اذا طلق الرجل امرأته طلاقا لايملك فيه الرجعة فقد بانت منه ساعة طلقها وملكت نفسها ولا سبيل له عليها وتعتد حيث شائت ولا نفقة لها قال قلت اليس الله عزوجل يقول لاتخرجوهن من بيوتهن ولايخرجن فقال عليه السلام انما عنى بذلك التى تطلق تطليقة فتلك التى لاتخرج ولا تخرج حتى تطلق الثالثة فاذا طلقت الثالثة فقد بانت منه ولا نفقة لها و المرئة التى يطلقها الرجل تطليقة ثم يدعها حتى

---

(١) الوسائل باب ٣٦ من ابواب العدد حديث ٦

(٢) الطلاق آية ٢

(٣) الوسائل باب ٢٠ من ابواب العدد حديث ١

يخلواجلها فهذه ايضا تقعد فى منزل زوجها ولها النفقة و السكنى حتى تنقضى عدتها وموثق (٢) اسحاق بن عمار عن ابى الحسن عليه السلام عن المطلقة اين تعتد فقال عليه السلام فى بيت زوجها ـ وخبر (٣) ابى الصباح الكنانى عنه عليه السلام تعتد المطلقة فى بيتها ولا ينبغى للزوج اخراجها ولا تخرج هى و نحوها غيرها ـ و تنقيح القول با لبحث فى فروع .

١ ـ هل وجوب الاسكان المزبور من حيث وجوب نفقتها عليه فى ايام العدة فيختص بما اذا كانت مستحقة لها ـ فلو كانت صغيرة وطئت ولو محرما او ناشزة من الزوجية او فى اثناء العدة لاسكنى لها كما لانفقة ـ ام هو مطلق فللمطلقة الرجعية السكنى وان لم تكن لها نفقة وجهان ـ ظاهر غير واحد من الا صحاب وصريح آخرين هو الاول ـ كما هو ظاهر صحيح ابى خلف للعدول فى ذيله عن النهى عن الاخراج الى ان لها النفقة والسكنى ـ ومن بيان جواز الاخراج فى البائنة ـ الى انه لا نفقة لها

٢ ـ هل يجوز له ان يخرجها من بيت الطلاق الى بيت آخر له مناسب لحالها وشانها كان بيت الطلاق دون شانها او مناسبها لحالها ـ ام لا ـ الظاهر ذلك من حيث هذا الحكم (واما من حيث حكم خروجها فسياتى الكلام فيه) لما عرفت من ان حرمة الاخراج من باب وجوب الاسكان وقد مر فى النفقات ان تعين المسكن بيد الزوج فله ان ينتقلها من منزل الى آخر ـ والى ذلك يشير كلام الفضل بن شاذان قال ان معنى الخروج والاخراج ان تخرج مراغمة ويخرجها مراغمة فهذا الذى نهى الله تعالى عنه ـ اذ لو نقلتها الى مكان آخر سيما اذا كان اولى من مكانها الاول لا يقال انه اخرجها من بيته ـ وعليه فلو كان المنزل الذى كانت فيه حين الطلاق دون شانها لها المطالبة بالخروج الى منزل يناسبها ـ كما انه لو طلقها فى مسكن زايد يجوز له انتقالها الى منزل يناسبها كما صرحوا بذلك بل ظاهر المسالك المفروغية عنه ـ وسياتى لهذه الفروع زيادة توضيح انشاء الله تعالى.

(١ ـ ٢) الوسائل باب ١٨ من ابواب العدد حديث ٤ ـ ٥

-٣- لا كلام بينهم في انه يجوز اخراجها اذا اتت بفاحشة مبينة كما نطق بذلك الكتاب المجيد- انما الاختلاف في المراد من الفاحشة المبينة - فقيل - انها الزنا والمعنى الا ان يزنين فيخرجن لاقامة الحد عليهن - وقيل هي كل مايوجب الحد - والمشهور بين الاصحاب انها كل ذنب وادناه ان تؤذى اهله - واما النصوص فمنها - مايدل على انها الزنا كمرسل (١) الفقيه سئل الصادق عليه السلام عن قول الله عزوجل ولا تخرجوهن الخ قال عليه السلام الا ان تزني فتخرج ويقام عليها الحد- ومنها مايدل على انها السحق كخبر (٢) سعد بن عبدالله قلت لصاحب الزمان عليه السلام اخبرني عن الفاحشة المبينة اذا اتت المرئة بها في ايام عدتها حل للزوج ان يخرجها من بيته قال عليه السلام الفاحشة المبينة هي السحق دون الزنا الحديث - ومنها مايدل على ان المراد بها ان تؤذى اهلها اوان ادناها ذلك فعن النهاية قد روى ان ادنى مايجوز له معه اخراجها ان تؤذى اهل الرجل بل هو (٣) المروى عن ابي جعفر وابي عبدالله عليهما السلام • كذا عن الخلاف والمبسوط ومجمع البيان والجامع - وخبر (٤) محمد بن علي بن جعفر سئل المامون عن الرضا عليه السلام عن ذلك فقال عليه السلام يعني بالفاحشة المبينة ان تؤذى اهل زوجها فاذا فعلت فان شاء ان يخرجها من قبل ان تنقضي عدتها فعل ومثله - خبر (٥) ابن اسباط وهذه النصوص وان كانت ضعيفة الاسناد الا انها بالعمل منجبرة - فلا اشكال في العموم وان ادناه ان تؤذى اهله - ومرسل الفقيه لايدل على الحصر - واما خبر سعد فيحمل على ارادة عدم انحصارها بالزنا وشمولها للسحق - فالجمع بين الاخبار يقتضي البناء على ماذهب اليه المشهور .

حرمة خروج المطلقة الرجعية

٤ -﴿و﴾ كما لايجوز له اخراجها من بيته ﴿لا﴾ يجوز ﴿لها ان تخرج الا مع الضرورة﴾ بلا خلاف - وتشهد به الاية الكريمة المتقدمة «ولا يخرجن» وجملة من

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ٢٣ من ابواب العدد حديث ٣-٤-٥-٢-٦

الاخبار منها ما تقدم - ومنها موثق (١) سماعة سألته عن المطلقة اين تعتد قال عليه السلام في بيتها لا تخرج وان ارادت زيارة خرجت بعد نصف الليل ولا تخرج نهارا او ليس لها ان تحج حتى تنقضي عدتها - وصحيح (٢) الحلبي عن الصادق عليه السلام لا ينبغي للمطلقة ان تخرج الا باذن زوجها حتى تنقضي عدتها ثلاثة قروء او ثلاثة اشهر ان لم تحض - وخبر (٣) ابي بصير عن احدهما عليهما السلام عن المطلقة اين تعتد قال عليه السلام في بيتها اذا كان طلاقا له عليها رجعة ليس له ان يخرجها و لا لها ان تخرج حتى تنقضي عدتها الى غير ذلك من النصوص .

وهل عدم جواز خروجها لرعاية حق الزوج فلو اذن لها في الخروج جاز كما عن جماعة منهم ابو الصلاح والفضل بن شاذان والمصنف ره في التحرير وقواه صاحب الجواهر وقال بل يمكن تنزيل من اطلق على ارادة غير الفرض بل عن الفضل ان اصحاب الاثر واصحاب الراى واصحاب التشيع قد رخصوا لها في الخروج الذي ليس على السخط والرغم واجمعوا على ذلك - ام لا يجوز لها الخروج وان اتفقا عليه لان فيه حق الله تعالى كما عن القواعد والمسالك وغيرهما بل قيل انه ظاهر الاكثر وجهان - واستدل للثاني - بظهور الكتاب والسنة والفتاوى في ذلك بل عن الكشاف انما جمع بين البهتين ليشعر بان لا ياذنوا وان ليس لاذنهم اثر - وبمكاتبة (٤) الصفار الى ابي محمد الحسن بن علي عليهما السلام في امرأة طلقها زوجها ولم يجر عليها النفقة للعدة وهي محتاجة هل يجوز لها ان تخرج وتبيت عن منزلها للعمل أو الحاجة فوقع عليه السلام لا باس بذلك اذا علم الله الصحة منها - فانها مختصة بحالة الضرورة - ولازمه عدم الجواز بدونها - ولكن يرد على الاول مضافا الى ما تقدم منا من ان الظاهر من النصوص كون وجوب الاسكان من باب وجوب النفقة وعدم جواز الخروج لكونها زوجة يجب عليها اطاعته - ان صحيح الحلبي يدل

---

(١) الوسائل باب ١٩ من ابواب العدد حديث ١

(٢-٣) الوسائل باب ١٨ من ابواب العدد حديث ١-٥

(٤) الوسائل باب ٥٥ من ابواب العدد حديث ١

على الجواز مع اذن الزوج ومثله ـ خبر (١) معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام المطلقة تحج في عدتها ان طابت نفس زوجها ـ حيث انه علق فيه جواز الحج على اذن الزوج ولو لم يكن هذا الحكم رعاية لحقه لما كان للتعليق معنى ـ واما المكاتبة فهي لاتدل على عدم الجواز لعدم المفهوم لها ـ مع انه على فرض الدلالة سبيلها سبيل بقية النصوص الناهية عنه يقيد اطلاقها بما مر ـ فالاظهر هو جواز الخروج مع اذنه .

ثم ان حرمة خروجها اما مطلقا ـ او مع عدم اذن الزوج انما هي في حال الاختيار واما في حال الضرورة فيجوز بلا خلاف ـ ومكاتبة الصفار شاهدة به ـ والمستفاد منها ان المدار على مقدار ما يتادى به الضرورة ـ ولكن في المتن والشرايع وغيرهما تخرج ﴿بعد نصف الليل وترجع قبل الفجر﴾ وفي الرياض بعد ان نسب وجوب العود قبل الفجر الى الاشهر قال بل لم اقف على مخالف الا من بعض من ندر ممن تاخر واستدل له بموثق سماعة المتقدم ـ ولكنه مضافا الى كونه في الخروج للزيارة لا للضرورة ليس فيه العود قبل الفجر ـ ولا يستفاد ذلك من النهي عن الخروج نهارا كما لا يخفى ـ وهل يجوز لها ان تحج ندبا فيه روايات ـ منها ما يدل على الجواز مطلقا كمضمر (٢) محمد بن مسلم قال المطلقة تحج وتشهد الحقوق ـ ومنها ما يدل على المنع كخبر سماعة المتقدم ـ ومنها ما يدل على الجواز باذن الزوج كخبر معاوية بن عمار المتقدم ـ والجمع بين النصوص يقتضي البناء على الجواز باذنه .

٥ ـ قد تقدم في مبحث النفقات انه لاريب ﴿و﴾ لا كلام في انه يجب ﴿عليه﴾ نفقة ﴿ايام عدتها﴾ وكسوتها واسكانها .

٦ ـ لاخلاف في ان المنع عن الخروج والاخراج مختص بالطلاق الرجعي فلا منع عنهما في البائن ـ والنصوص السابقة شاهدة به لاحظ صحيح ابي خلف وغيره ـ وبها يقيد اطلاق الاية الكريمة لو لم نقل انها بقرينة ما في آخرها من العلة مختصة بالرجعية ـ وكذا يقيد اطلاق ما دل على ان المطلقة تعتد في بيت زوجها وقد مر حكم

(١ ـ ٢) الوسائل باب ٢٢ من ابواب العدد حديث ٢ ـ ١

نفقتها ايضا وانهالاتجب الاان تكون حاملا فلها النفقة والسكنى اجماعا وكتاباوسنة

۷ـ بناءعلى مااخترناه فى الاخراج والخروج تسقط جملة من الفروع التى ذكروها فى المقام مثل ـ مالوطلقها فى بيت ثم باع البيت اوحجر عليه الحاكم وماشاكل ذلك فانه يصح البيع فى الاول ولاتضرب مع الغرماء فى الثانى ولايقدم حقها عليهم ـ لعدم تعلق حقه بذلك البيت الخاص فان لها عليه الاسكان ـ ثم انه قدمر الكلام فى نفقة المطلقة الرجعية والبائنة والحامل وغيرهن مفصلا فى مبحث النفقات فلاوجه للاعادة .

مبدا زمان العدة

المسألة الرابعة ـ لاريب فى انزوجة الحاضر تعتد من حين الطلاق أوالوفاة وفى الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه لانه الظاهر من ادلة الاعتداد بالطلاق اوالوفاة كما فى ساير الموارد التى يجعل شىء سبباً لشىء آخر كسببية العقد للزوجية والبيع للانتقال وماشاكل .

﴿و﴾ كذا ﴿تعتد المطلقة﴾ من الغائب ﴿من وقت ايقاعه﴾ على المشهور بين الاصحاب بل عن الناصريات الاجماع عليه والنصوص شاهدة به لاحظ ـ صحيح(۱) محمد ابن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام اذاطلق الرجل وهوغائب فليشهد على ذلك فاذا مضى ثلاثة اقراء من ذلك اليوم فقد انقضت عدتها ـ وصحيح(۲) الحلبى اوحسنه عن ابيعبدالله عليه السلام عن الرجل يطلق امرأته وهوغائب عنها من اى يوم تعتد فقال عليه السلام ان قامت لها بينة عدل انهاطلقت فى يوم معلوم وتيقنت فلتعتد من يوم طلقت وان لم تحفظ فى اى يوم اوفى اى شهر فلتعتد من يوم يبلغها ـ وصحيح (۳) الفضلاء اوحسنهم عن ابى ـ جعفر عليه السلام انه قال فى الغائب اذا طلق امرأته فانها تعتد من اليوم الذى طلقها ومثله خبرا (۴) زرارة ـ وخبر(۵) الكنانى ـ وصحيح(۶) البزنطى عن الرضا عليه السلام فى رجل طلق امراته وهو غائب فمضت اشهر فقال عليه السلام: اذا قامت البينة انه طلقها منذ كذا

(۱-۲-۳-۴-۵-۶) الوسائل باب۲۶ من ابواب العدد حديث۱-۲-۳-۵-۶-۷

وكذا كانت عدتها قد انقضت فقد حلت للازواج الحديث الى غير ذلك من الاخبار.

وعن الحلبى انها تعتد من حين بلوغ الخبر- واستدل له بظاهر الامر بالتربص وبان الاعتداد عبادة يحتاج الى النية- والثانى ممنوع والاول لو سلم يجب الخروج عنه بما تقدم- نعم يبقى فى المقام اشكال وهو ان مقتضى صحيح(١) ابى بصير عن الصادق عليه السلام عن المطلقة يطلقها زوجها فلا تعلم الا بعد سنة فقال ان جاء شاهدا عدل فلا تعتد والا فلتعتد من يوم يبلغها- بل وصحيح الحلبى المتقدم وغيرهما انه لو لم يثبت بالبينة الشرعية او القرائن القطعية لابد وان تعتد من حين البلوغ ولو حصل القطع بتقدم الطلاق عليه يوما او ازيد- ولكن يمكن ان يقال ان تلك النصوص فى صورة الجهل المطلق بزمان وقوع الطلاق الملازم مع احتمال وقوع الطلاق فى ذلك اليوم- وبعبارة اخرى مع اليقين بوقوع الطلاق قبل يوم او ازيد يدخل فى الفرض الاول وهو اليقين بسبق الطلاق - و بالجملة الجمع بين النصوص صدرا و ذيلا يقتضى البناء على انه ان ثبت سبق الطلاق بالبينة او القرائن القطعية تعتد من حين ما ثبت والا فمن حين البلوغ.

﴿و﴾ اما ﴿ المتوفى عنها زوجها ﴾ ففيها اقوال - احدها- انها تعتد ﴿من حين البلوغ﴾ لا من حين الوفاة وهو المشهور بين الاصحاب وعن السرائر والتحرير نفى الخلاف فيه- ثانيها ما عن ابن الجنيد وهو التسوية بينها وبين المطلقة فى الاعتداد من حين الموت والطلاق ان علمت بالوقت والا فمن حين يبلغها فيهما ومال اليه الشهيد الثانى وجماعة - ثالثها ما عن الشيخ فى التهذيب وهو ان المتوفى عنها زوجها تعتد من يوم وفاة الزوج ان كانت المسافة قريبة كيوم او يومين او ثلاثة والا فمن يوم بلغها الخبر.

ومنشأ الاختلاف اختلاف الاخبار- فانها على طوائف (الاولى) ما يدل على ما هو المشهور كصحيح (٢) محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام فى رجل يموت وتحته امرأة

---

(١) الوسائل باب ٢٧ من ابواب العدد حديث ٣

(٢) الوسائل باب ٢٨ من ابواب العدد حديث ١

و هو غائب قال عليه السلام تعتد من يوم يبلغها وفاته ـ وصحيح (١) الفضلاء عن ابى جعفر عليه السلام فى الغائب عنها زوجها اذا توفى ـ المتوفى عنها تعتد من يوم ياتيها الخبر لانها تحداله (عليه ـ خل).وصحيح (٢) البزنطي عن الرضا عليه السلام المتوفى عنها زوجها تعتد من يوم يبلغها لانها تريد ان تحداله (عليه ـ خ ل) الى غير ذلك من النصوص المستفيضة (الثانية) مايدل بظاهره على ماذهب اليه ابن الجنيد ـ كصحيح(٣) الحلبى عن الصادق عليه السلام قال قلت له امرأة بلغها نعى زوجها بعد سنة او نحو ذلك فقال عليه السلام ان كانت حبلى فاجلها ان تضع حملها وان كانت ليست بحبلى فقدمضت عدتها اذا قامت لها البينة انه مات فى يوم كذا و كذا وان لم يكن لها بينة فلتعتد من يوم سمعت ـ و خبر (٤) وهب بن وهب عن جعفر عن ابيه عن على عليه السلام عن المتوفى عنها زوجها اذا بلغها ذلك وقد انقضت عدتها فالحداد يجب عليها فقال على عليه السلام اذا لم يبلغها ذلك حتى تنقضى عدتها فقد ذهب ذلك كله و تنكح من احبت وخبر(٥) الحسن بن زياد عن ابى عبدالله عليه السلام عن المطلقة يطلقها زوجها ولاتعلم الابعدسنة والمتوفى عنها زوجها ولاتعلم بموته الابعد سنةقال عليه السلام ان جاءشاهدان عدلان فلاتعتدان والا تعتدان (الثالثة) ما يدل بظاهره على ماذهب اليه الشيخ ره كصحيح (٦)منصورقال سمعت اباعبدالله عليه السلام يقول فى المرئة يموت زوجها اويطلقها وهوغايب قال عليه السلام ان كان مسيرة ايام فمن يوم يموت زوجها تعتدوان كان من بعد فمن يوم يأتيها الخبر لانها لابدمن ان تحداله .

وقد جمع الشهيد الثانى ره بين الاوليين بحمل الاولى على الاستحباب وارتضاه جماعة ـ وفيه انه مع امكان الجمع الموضوعى لايصل النوبة الى الجمع الحكمى وفى المقام الاول ممكن لان الطائفة الاولى مختصة بالغائب والثانية اعم منه ومن الحاضر الذى لم يبلغها الخبر لمانع من الموانع كالحبس والمرض ونحوهما فيحمل المطلقة على المقيدة ويختص الثانية بالحاضر ـ وعلى هذا فلاوجه لماعن الشيخ ره من احتمال وهم الراوى

(١-٢-٣-٤-٥-٦) الوسائل باب ٢٨ من ابواب العدد حديث ٣-٤-١٠-٧-٩-١٢

واشتباهه المطلقة بالمتوفى عنها زوجها - مع انه لايتصور ذلك فى خبر الحسن الذى جمع بينهما - كما لاوجه لما فى الحدائق من حمل هذه النصوص على التقية. واما الطائفة الثالثة - فقد حملها صاحب الحدائق على ارادة من كان فى حكم الحاضر ممن كان فى بلاد متسعة جدا بحيث يكون تاخر وصول الخبر اليوم واليومين اورستاق فيه قرى عديدة. وهو بعيد جدا - لفرض الغائب فى صحيح منصور و للتفصيل بين مسيرة ايام. والبعد - فالحق انها لاعراض الاصحاب عنها لابد من طرحها او حملها على التقية (فتحصل) ان المستفاد من النصوص ان المتوفى عنها زوجها - الغائب تعتد من حين بلوغ الخبر - والمتوفى عنها زوجها الحاضر من حين الوفاة وان لم يبلغها الخبر الا بعد مضى ايام بل وان بلغها الخبر بعد انقضاء العدة - وهو مقتضى القاعدة فى الحاضر

ثم انه لافرق فى الزوجة المعتدة من حين البلوغ بين الدائمة والمتمتع بها و الصغيرة والكبيرة لاطلاق الادلة و لو كانت الزوجة صغيرة ولم يبلغها خبر الوفاة ولكن بلغ وليها خبرها - فهل تعتد من حين بلوغ الخبر الولى. اومن حين بلوغها الظاهر هو الثانى لاطلاق الادلة .

ثم انه اذا بلغها الخبر بالوفاة ولكن لم يكن الخبر واجد الشرائط الحجية فلااشكال فى انه لايثبت به الموت وليس لها ترتيب اثاره فلاتنكح - انما الكلام فى انها اذا رتبت الاثار بان تزوجت فبان كونه بعد عدتها. فهل يصح كما عن المشهور وفى الجواهر بل لم اجد به خلافا ام لاتصح - وجهان مبنيان على ان المراد ببلوغ الخبر فى النصوص هل هو الخبر الواجد لشرائط الحجية ام مطلقه - ظاهر الاخبار هو الاول فان الموضوع بلوغ الوفاة اى ثبوتها عندها لاوصول خبرها ايا ما كان وقوله عليه السلام فى خبر ابى الصباح ان قامت البينة او لم تقم لاينافى ذلك بناء على ما هو الحق من حجية خبر العدل الواحد فى الموضوعات بل وعلى القول الاخر لحجية الخبر المحفوف بالقرائن القطعية فلايعتبر قيام البينة خاصة ولكن لذهاب الاصحاب الى صحة التزويج فى الفرض نلتزم به تبعا لهم - وهل يلحق بالخبر الفاقد لشرائط الحجية امارة ظنية غير معتبرة وجهان - اظهرهما العدم لعدم تعرض الاصحاب لذلك .

ثم انه لو تزوجت بعد وفاه زوجها المجهولة لها او لهما قبل العدة ففى كونه موجبا للحرمة الابدية و عدمه كلام تقدم فى كتاب النكاح فى ذيل مسألة العقدفى العدة ـ وهل يصح العقد لعدم كونها ذات بعل ومعتدة واقعا وان كانت بحسب الظاهر محكومة بانها ذات بعل ـ املا يصح وجهان لايبعد الاول وعلى فرض القول بالصحة هل يبطل النكاح ببلوغ خبرموت الزوج لوجوب الاعتداد عليها والعدة لاتجتمع مع كونها ذات بعل ـ املا يبطل لايبعد البناء على الثانى لان النصوص المانعة عن التزويج فى العدة ظاهرة فى ابتداء النكاح ـ ودعوى ـ عدم اجتماع الزوجية لشخص مع الاعتداد من آخر ـ يدفعها ـ ان نظيره مالو وطئت المزوجة شبهة ـ فانه يجب عليها الاعتداد من وطء الشبهة ولا تخرج عن حبالة الزوج ـ فان قيل انه يكفى فى الحكم بفساد العقد استحقاق العدة عليها فى نفس الامر للزوج فلا يؤثر العقد عليها فى نفس الامر حتى ان استمر جهلها قلنا ان ذلك يحتاج الى دليل والذى دل عليه الدليل هو بطلان نكاح ذات البعل وذات العدة ـ فاستحقاق العدة عليها لم يجعل فى النصوص من الموانع لصحة العقد ـ كما ان كون تلك المدة اقرب الى الزوجية بل هى فى ظاهر الشرع زوجة ـ لايمنع عن الصحة ـ فالمتحصل ان البناء على الصحة لو تزوجت مع كون العقد الثانى واجدا لشرائط الصحة من غير هذه الجهة ليس بكل البعيد والله تعالى اعلم

حكم مالو طلق ثم راجع ثم طلق قبل المسيس

المسألة الخامسة اذا طلقها بعد الدخول ثم راجع فى العدة ثم طلق قبل المسيس لزمها استيناف العدة لانه بالرجوع انفسخ الطلاق و عاد النكاح السابق بل بقى بناء على ماعرفت من ان الزوجيه باقية مالم تنقض العدة وليس الرجوع انشاء لنكاح جديد ـ فالطلاق الثانى طلاق امرأة مدخول بها بالنكاح الذى يريد فسخه بالطلاق ـ وكذا لو خالعها بعد الرجعة اذ هو كالطلاق بالنسبة الى ذلك .

ولو خالعها من اول الامر بعد الدخول ثم تزوجها بعقد جديد فى العدة وطلقها قبل الدخول فهل تجب عليها العدة املا ـ وعلى الاول ـ هل يجب اكمال العدة

الاولى او استيناف عدة اقوال ـ قد استدل لعدم وجوب العدة عليها بان العدة الاولى بطلت بالفراش الجديد بضرورة كونها زوجة ح وقد انقطع حكم الطلاق والفرض ان العقد الثانى لم يحصل معه دخول ـ فيشمله مادل على انه لاعدة على المطلقة غير المدخول بها ـ واورد عليه بايرادات الاول ان العدة الاولى لم تكمل و انقطاعها انما هو بالنسبة الى زمان الفراشية فمع فرض زواله بالطلاق الثانى وجب عليها اكمال الاولى ـ وهذا هو الوجه للقول الاول . الثانى ان العدة الاولى لم تسقط الا بالنسبة الى الزوج الاول الذى هو صاحب الفراش حيث لايجب الاستبراء من مائه واما بالنسبة الى غيره فما العلة فى سقوطها بل لايسقط به شيء لانه لم يكن عليها عدة بالنسبة الى الزوج كى تسقط بالنسبة اليه وانما الساقط العدة الثانية فقط ليس الا ـ وهذا متين جدا وعليه فيجب عليها اكمال الاولى ـ فان قيل ـ انه لو دخل بها وطلقها يلزم عليها ح اكمال الاولى ثم استيناف عدة جديدة ـ قلنا ـ انه فى الفرض يكتفى باستيناف العدة لان الاصل هو التداخل فى المسببات . الثالث انه يصدق على الطلاق الثانى انه طلاق امرأة مدخول بها ولو بالعقد السابق الذى لم يتم عدته ـ وفيه ـ اولا ـ النقض بما لو تزوجها بعد انقضاء العدة قبل الدخول فان لازم ذلك هو الالتزام بوجوب العدة عليها ولا اظن ان يلتزم به المورد ـ وثانيا ـ ان المنساق الى الذهن من نصوص العدة على من طلقت وهى مدخول بها ـ الدخول بالعقد الذى فسخه لاما يشمل العقد الاول ولااقل من الشك والاصل عدم العدة فالقول الاول اظهر .

ولو عقد على امراة بالعقد المنقطع و دخل بها ـ ثم وهب مدتها ـ ثم عقد عليها امادواما او انقطاعا فطلقها ـ او وهب مدتها او انقضت من دون ان يدخل بها ـ فهل عليها العدة كما عن جماعة منهم الشيخ البهائى قده والمحدث الكاشانى والمحدث البحرانى ـ ام لاتجب عليها كما ذهب اليه جماعة آخرون منهم المحقق الداماد بل نسب الى المشهور وجهان ـ اوجههما الاول لما تقدم من ان العقد الثانى انما يوجب سقوط العدة بالنسبة الى الزوج بل لايوجب سقوط شيء فانه لاعدة عليها بالنسبة اليه و لاوجه لسقوط العدة بالنسبة الى غيره فيجب عليها اكمال الاولى كما تقدم ـ وبما ذكرناه يظهر ان ماذكره

بعض في باب الحيل الشرعية من جواز نكاح جماعة امرأة واحدة في يوم واحد ولو كانت ذات عدة ـ بان يتزوجها احدهم ويدخل بها ثم يطلقها ثم يتزوجها ثانيا ويطلقها من غير دخول فانه يجوز ح للاخر ان يتزوجها لسقوط العدة لانها غير مدخول بها وهكذا الثاني والثالث فاسد ـ لانه اولا لو تم فانما هو في المتعة لافي العقد لاشتراط صحة الطلاق بوقوعه في طهر غير المواقعة ـ وثانيا ـ انه لايتم في المتعة ايضا لما عرفت من عدم سقوط العدة الاولى بالعقد الجديد :

تداخل العدد

المسألة السادسة بناء على ماهو الحق من ان الاصل هو التداخل في المسببات كما ذكرناه في غير موضع من هذا الشرح من غير فرق بين تعدد السبب جنسا ووحدته ـ الاظهر تداخل العدتين بل العدد في موارد لم يرد نص خاص على عدم التداخل ـ فلو طلق زوجته بائنا ثم وطئها شبهة تستانف عدة كاملة للاخير منهما وتدخل فيها بقية الاولى كما جزم به المصنف في القواعد والمحقق في الشرايع ـ ولو نكحت في العدة الرجعية لمشتبه وحملت من الثاني اعتدت بالوضع من الثاني وتدخل فيها الاولى ـ ولو وضعت قبل ان تنقضي العدة الاولى اعتدت الى ان تنقضي ـ فما في الشرايع من انها تعتد بعد الوضع بقية الاولى ـ غير تام ـ ولو طلقها وهي حامل ثم وطئها شبهة او وطئها غير مشبهة فانها تعتد بالوضع للاول و بالاشهر او الاقراء للثاني و هما تتداخلان فتعتد بابعد الاجلين ـ الى غير تلكم من الفروع المترتبة على ذلك .

ويترتب على ماذكرناه انه في الفرع الثاني يجوز لزوجها الذي طلقها الرجوع في زمان العدة مالم تنقض عدة الطلاق ـ و كونها في عدة الغير لايمنع عن الرجوع لان الرجوع ليس انشاء لنكاح جديد كي لايجوز في حال العدة بل ابقاء للنكاح الذي لم يبطله العدة للثاني ـ فلعل ماعن الشيخ ره من ان للاول الرجوع في زمن الحمل نظره الشريف الى ذلك .

ولو طلقها رجعيا ـ فحاضت مرة ـ ثم وطئها شبهة فحملت وانقطع حيضها ـ فهل

تنقضي عدتها بالوضع ام لا ـ الظاهر ذلك لان العدة من الطلاق ح تقدر بالاشهر لما عرفت من عدم اعتبار اتصال الاشهر البيض بالطلاق فتتداخل العدتان وتنقضي بالوضع وله الرجوع في زمان الحمل مالم تنقض الاشهر لانها زمان الرجوع و العدة الثانية لاتمنع عنه كمامر ـ ولايجوزله الرجوع بعدذلك ـ فمافي القواعد وشرحها من انه لو طلقها رجعيا ووطئها بظن انها غيرها بعد مضي قرأ مثلا فحملت وانقطع الدم كان له الرجعة قبل الوضع لان الحمل لايتبعض بعضه من الاولى والباقي من الثانية فيكون جميع ايامه محسوبة من بقية الاولى وجميع الثانية ـ غير تام ـ لان ذلك ينافي انقضاء عدتها بالاشهر لوفرض سبقها للوضع فتمحض الزايد للوضع فلايجوز الرجوع فيه ـ هذا اذا قلنا بان الوطء لشبهة لايكون رجوعا والافيسقط ذلك ولاعدة عليها بل هي زوجته .

ولو طلقها رجعيا و فسخت المطلقة في اثناء العدة بناء على ان لها ذلك لانها كالزوجة فتاتي بعدة مستأنفة للفسخ ـ ويدخل فيها بقية عدة الطلاق ـ نعم لاوجه للاكتفاء باكمال الاولى ـ فما عن القواعد ولو فسخت النكاح في عدة الرجعي ففي الاكتفاء بالاكمال اشكال بل نسب الى المبسوط اختياره الاكتفاء بالاكمال ـ غير تام ،

السابعة عدة الذمية كالمسلمة في الطلاق والوفاة بلاخلاف وعن بعضهم دعوى الاجماع عليه ويشهدبه اطلاق الادلة كتابا وسنة وخصوص النصوص (١) الصحيحة في عدة الوفاة ـ وماورد في عدة الطلاق من النص (٢) على انها تعتد مثل عدة الامة نصف عدة الحرة لاعراض الاصحاب عنه لايعتمد عليه ـ فلاوجه لاشكال سيد المدارك والمحدث البحراني في الحكم ـ ولاموجب لاطالة الكلام في ذلك .

حكم المفقود زوجها

خاتمة في حكم المفقود زوجها ـ لااشكال ولاخلاف بين العلماء في ان الغائب ان علم

(١-٢) الوسائل باب ٤٥ من ابواب العدد

حياته فهو كالحاضر وان علم موته اعتدت منه وجاز تزويجها ـ ولو علمت هي بالوفاة خاصة جاز لها التزويج وان لم يحكم به الحاكم وحل لكل من شاركها في العلم بالوفاة او اختص عنها بالجهل بها وبحالها ايضا مع تعويله في الخلو عن الزوج بدعواها نكاحها وان جهل خبره وكان له ولي او وكيل او متبرع ينفق عليها فلا خيار لها وان ارادت ماتريد النساء وطالت المدة عليها فهي ح مبتلاة فلتصبر بلا خلاف في ذلك ـ للاصل والنصوص الاتية.

انما الكلام فيما لو جهل خبره ولم يكن من ينفق عليها ولم تصبر ـ فقد اختلفت كلماتهم فيه من جهات نتعرض لها بعد نقل روايات الباب لاحظ ـ صحيح (١) بريد بن معاوية عن ابي عبدالله عليه السلام عن المفقود كيف تصنع امرأته فقال ماسكتت عنه وصبرت فخل عنها وان هي رفعت امرها الى الوالي اجلها اربع سنين ثم يكتب الى الصقع الذى فقد فيه فليسئل عنه فان خبر عنه بحياة صبرت وان لم يخبر عنه بحياة حتى تمضي الاربع سنين دعا ولي الزوج المفقود فقيل له هل للمفقود مال فان كان للمفقود مال انفق عليها حتى يعلم حياته من موته وان لم يكن له مال قيل للولي انفق عليها فان فعل فلا سبيل لها الى ان تتزوج ما انفق عليها وان ابى ان ينفق عليها اجبره الوالي على ان يطلق تطليقة في استقبال العدة وهي طاهر فيصير طلاق الولي طلاق الزوج فان جاء زوجها قبل ان تنقضي عدتها من يوم طلقها الولي فبداله ان يراجعها فهي امرأته وهي عنده على تطليقتين وان انقضت العدة قبل ان يجيىء ويراجع فقد حلت للازواج ولا سبيل للاول عليها ـ قال الصدوق (٢) وفي رواية اخرى انه ان لم يكن للزوج ولي طلقها الوالي ويشهد شاهدين عادلين فيكون طلاق الوالي طلاق الزوج وتعتد اربعة اشهر وعشرا ثم تزوج ان شائت وصحيح (٣) الحلبي سئل ابوعبدالله عليه السلام عن المفقود فقال عليه السلام المفقود اذا مضى له اربع سنين بعث الوالي او يكتب الى الناحية التى هو غائب فيها فان لم يوجد له اثر ـ امر الوالي وليه ان ينفق عليها فما انفق عليها فهي امرأته قال قلت فانها تقول فاني اريد

(١-٢-٣) الوسائل باب ٢٣ من ابواب اقسام الطلاق حديث ١-٢-٤

ما تريد النساء قال عليه السلام ليس ذاك لها ولا كرامة فان لم ينفق عليها وليه او وكيله امره ان يطلقها فكان ذلك عليها طلاقا واجبا ـ وصحيح (١) الكناني عن الصادق عليه السلام في امرئة غاب عنها زوجها اربع سنين ولم ينفق عليها ولم تدر احي هو ام ميت ايجبر وليه على ان يطلقها قال عليه السلام نعم وان لم يكن له ولي طلقها السلطان قلت فان قال الولي انا انفق عليها قال عليه السلام فلا يجبر على طلاقها قال قلت ارايت ان قال انا اريد مثل ما تريد النساء ولا اصبر ولا اقعد كما انا قال عليه السلام ليس لها ذلك ولا كرامة اذا انفق عليها ـ وموثق (٢) سماعة سالته عن المفقود فقال ان علمت انه في ارض فهي منتظرة له ابدا حتى ياتيها موته او ياتيها طلاق وان لم تعلم اين هو من الارض ولم ياتها منه كتاب ولا خبر فانها تاتي الامام فيامرها ان تنتظر اربع سنين فيطلب في الارض فان لم يوجد له خبر حتى يمضي الاربع سنين امرها ان تعتد اربعة اشهر وعشرا ثم تحل للازواج فان قدم زوجها بعد ما تنقضي عدتها فليس له عليها رجعة وان قدم وهي في عدتها اربعة اشهر وعشرا فهو املك برجعتها ـ و خبر (٣) السكوني عن جعفر عليه السلام عن ابيه عليه السلام ان عليا عليه السلام قال في المفقود لا تتزوج امرئته حتى يبلغها موته او طلاق او لحوق باهل الشرك هذه هي النصوص التي يعتمد عليها ـ و في المقام روايات ضعيفة اخر اغمضنا عن ذكرها ـ ونخبة القول في المقام بالبحث في جهات.

الاولى ان هذه النصوص كما ترى بعد حمل مطلقها على مقيدها دالة على عدم الخيار مع العلم اووجود من ينفق عليها ـ نعم لا تدل على انه ان انفق عليها من بيت المال لا خيار لها ومقتضى اطلاقها ثبوت الخيار لها ـ بل هي مختصة بالانفاق من ماله اوانفاق وليه او وكيله فلو انفق عليها متبرع لا دليل على وجوب ان تصبر و لها ان لا تقبل ما ينفقه الاجنبي ـ فما في الجواهر والرياض من انه ان انفق عليها متبرع لا خيار لها ـ غير تام .

(١ـ٣) الوسائل باب ٢٣ من ابواب اقسام الطلاق حديث ٥ـ٣

(٢) الوسائل باب ٤٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٢

الثانية حكى عن السرائر ان هذا الحكم مختص بحال انبساط يد الامام(ع) فلا مجرى له في زمان الغيبة - ولذا قال انها في زمان الغيبة مبتلاة وعليها الصبر الى ان تعرف موته اوطلاقه - وفيه اولا - ان اكثر نصوص الباب تضمنت الرجوع الى الوالي والرجوع الى الامام(ع) في خصوص موثق سماعة ولا مفهوم له والوالي يشمل الفقيه لانه المجعول قاضيا وحاكما من قبل صاحب الامر ارواحنا فداه - وثانيا - ان مناصب الامام ما كان منها من وظائف القضاة والحكام كمثل ذلك تكون ثابتة للفقيه لجعله عليه السلام اياه (١) قاضيا وحاكما - فلا اشكال في عدم كونه من مختصات الامام عليه السلام بل هو ثابت للفقيه الجامع المشرايط .

و هل يتوقف الطلاق اوالاعتداد على رفع الامر الى الحاكم الشرعي كما عن القواعد حيث قال انه لومضت مائة سنة ولم ترفع امرها الى الحاكم فلا طلاق ولا عدة بل تبقى على حكم الزوجية وان الفحص في زمن الاربع لابد وان يكون من الحاكم ام لايتوقف شيء منهما على رفع الامر اليه وللولي اوغيره التصدى له غاية الامر يكون من الامور الحسبية فيقوم عدول المؤمنين مقامه كما عن المحدث الكاشاني وفي الحدائق وجهان - مقتضى اطلاق صحيح الكناني هو الثاني وما في ساير النصوص لامفهوم له كي يقيد به اطلاقه - اما صحيح بريد فلتعليقه على ان رفعت امرها الى الوالي - ولا يدل على لزوم الرفع - واما صحيح الحلبي فلان قوله بعث الوالي الخ - لعله من جهة كون ذلك من الامور الحسبية يتصداه كما يشهد به قوله في صحيح الكناني وان لم يكن له ولي طلقها السلطان - المعلوم ارادة الولي العرفي لا الشرعي - واما موثق سماعة فقد عرفت حاله - وعلى هذا فلوليه التصدى له وان لم يكن له ولي يتصداه الحاكم لانه من الامور الحسبية وان لم يكن الحاكم يتصداه عدول المؤمنين - وبهذا يظهر اندفاع ما اورده صاحب الجواهر ره على المحدثين - بقوله ان جميع النصوص المزبورة ما بين صريح وظاهر في مدخلية الوالي في ذلك بل وفي بعضها من ارسال رسول اوالكتابة

---

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضي حديث ٦-١ كتاب القضاء

الی ذلك الصقع کالصریح فی بسط الید ومع فرض عدم مدخلیة الحاکم لامدخلیة لعدول المؤمنین الذین ولایتهم فرع ولایته انتهی .

الثالثة هل یختص هذا الحکم بالمفقود بسبب سفر وغیبة کما فی الحدائق -ام یشمل المفقود بانکسار سفینة اومعرکة او نحوذلك کما فی الجواهر وعن المسالك وغیرهما بل هو المشهور بینهم وجهان-اقواهما الثانی لاطلاق النصوص فان المأخوذ فی موضوعها المفقود الشامل للجمیع- ولا ینافی ذلك ما فی بعضها من الارسال الی النواحی فان المدار علی التجسس عنه فی الوجه الذی فقد فیه لیعلم حاله:

الرابعة الظاهر عدم اعتبار کون الفحص من الحاکم بل یجوز من الولی او غیره لماعرفت من ان الرجوع الی الحاکم من باب الحسبة ولامدخلیة لنظره فی الفحص- ولایعتبر ان یکون فی ضمن الاربع سنین بل یجوز بعدها کما هو ظاهر صحیح الحلبی ولاینافیه صحیح برید فانه لایدل علی تعین کونه فی ضمن الاربع فالجمع یقتضی البناء علی کفایة کل منهما.

الخامسة هل مبدأ الاربع سنین المضروبة -من حین الفقد وانقطاع الخبر او رفع الامر الی الحاکم - قولان -نسب الثانی الی المشهور وهو ظاهر صحیح برید وموثق سماعة- و صریح صحیح الحلبی هو الاول و کذا صحیح الکنانی- والجمع بینهما یقتضی البناء علی ان صحیح برید والموثق اریدبهما ان الحاکم یؤجلها اربع سنین من دون ان یعین مبدأها فان لم یمض من حین الفقد زمان معتد به - فتصبر اربع سنین والا فبالمقدار الذی یتم به الاربع سنین-وبعبارة اخری انهما بقرینة الصحیحین فی مقام بیان مقدار المدة المجعولة للانتظار لافی مقام بیان مبدأها کما لا یخفی - و علیه فلو مضی من زمان فقده اربع سنین وفی ذلك الزمان فحصت عنه وثبت ذلك للحاکم یامرها الحاکم بالاعتداد اویطلق علی الخلاف الاتی من دون ان ینتظر شیئا.

السادسة هل یعتبر الطلاق فلاتبین بدونه کما لعله المشهور بین الاصحاب ام یکفی امر الحاکم لها بالاعتداد کما عن ظاهر الشیخین و ابن البراج والحلی والقواعد والشرایع وغیرها وجهان- صریح الصحاح هو الاول- ولیس بازائها سوی

الموثق وهوظاهر في الاكتفاء بهما عن كشف اللثام ان غاية الامر السكوت غير تام فانه ظاهر بقرينة الامر بالاعتداد بدون الطلاق في عدم لزومه- نعم ما اشتمله من كون العدة اربعة اشهر وعشرا لاينافي لزوم الطلاق بعد احتمال اختصاص هذا الطلاق به- ومقتضى الجمع العرفي وهوحمل الظاهر على النص البناء على لزوم الطلاق - فيطلق الولي بامر الحاكم والافيطلقها الحاكم -والجمع بينهما بحمل نصوص الطلاق على ما اذا كان لهولي وخبر الامر بالاعتداد على مااذالم يكن له ولي- مضافاً الى كونه تبرعيا ينافيه صحيح الكناني ومرسل الصدوق- واماماذكره بعض المحققين من ان مقتضى الجمع العرفي- البناء على التخيير بينهما بمعنى ان الحاكم يتخير بين امرها بعدة الوفاة بدون الطلاق وبين امر الولي بالطلاق فان كان الاعتداد باربعة اشهر وعشرا منافيا للطلاق كان وجيها ولكن بما انهما لا يتنافيان لامكان ان يكون لهذا الطلاق عدة مخصوصة غير ساير الطلقات وقد جمع بينهما في مرسل الصدوق فلايتم- والحق ماذكرناه من لزوم الطلاق فح ان كان له ولي اجبره الحاكم على الطلاق وان لم يكن لهولي طلقها الحاكم كما صرح بذلك في النصوص وتعتد عدة الوفاة.

السابعة لوطلقها الولي او الحاكم ثم جاء زوجها اي ظهر حياته فان كانت خارجة عن العدة ونكحت زوجا آخر فلا سبيل له عليها اجماعا والنصوص السابقة شاهدة به- وان لم تكن العدة منقضية فهو املك بها لصحيح بريد وموثق سماعة- وظاهر الاول منهما ومحتمل الثاني ان له الرجوع اليها لانها زوجته قهرا كماهوظاهر الشرايع وصريح غيرها- فلولم يرجع حتى انقضت العدة بانت منه- وان كانت العدة منقضية ولكنها لم تتزوج بعد فصريح صحيح بريد وموثق سماعة انه لاسبيل له عليها- و عن الشيخ وفي الشرايع ان فيه روايتين - ولكن الاساطين والفقهاء لم يعثروا على رواية الرجوع -وعن الشيخين وابن البراج وفخر المحققين انه ان جاء وقد انقضت العدة ولم تتزوج كان املك بها من غير نكاح يستأنفه بل بالعقد الاول- وقدظهر ضعفه مماقدمناه وعن المصنف ره في المختلف ان العدة ان كانت بعد طلاق الولي فلاسبيل له عليها -

وان كانت بامر الحاكم من غير طلاق كان املك بها (واستدل له) بان الاول طلاق شرعی قد انقضت عدته بخلاف الثانی فان امرها بالاعتداد كان مبنيا على الظن بوفاته وقد ظهر بطلانه فلا اثر لتلك العدة والزوجية باقية لبطلان الحكم بالوفاة (و فيه) اولا ما تقدم من لزوم الطلاق وتعينه - وثانيا ان لازم ما افيد اولويته بها حتى لو تزوجت والاجماع قائم على خلافه - و ثالثا ان الموثق الذی هو منشأ الافتاء بكفاية الامر بالاعتداد دال على انه لاسبيل له عليها بعد انقضاء العدة- فالاظهر انه ان جاء بعد انقضاء العدة لاسبيل له عليها.

الثامنة لو نكحت بعد العدة ثم بان موت الزوج كان العقد الثانی صحيحاً - سواء كان موته قبل العدة اومعها او بعدها- بلاخلاف ولااشكال لان العقد السابق سقط اعتباره فی نظر الشارع بالطلاق فلا حكم له بموته كما لاحكم له فی حال حياته هكذا ذكره الاصحاب-وهومتين والنصوص السابقة شاهدة به-ولكن صاحب الجواهر يستثنی من ذلك صورة وهی مالوجاء خبر موته وهی فی اثناء العدة بانه يمكن القول باستينافها عدة الوفاة ولم يذكر لذلك وجها-فی مقابل النصوص الظاهرة فی كفاية العدة المزبورة لها هيهنا على كل حال-فان قيل لعل نظره الى انها مادام كونها فی العدة الرجعية زوجة فيشملها مادل على لزوم الاعتداد من الوفاة-قلنا انه قد مر ان غاية مايدل عليه هذه النصوص ان له الرجوع اليها لانها زوجته و كون المعتدة بالعدة الرجعية بحكم الزوجة فی غير المقام لايستلزم ان تكون كك فی المقام ايضا سيما وان ظاهر نصوص الباب الاكتفاء بالعدة المزبورة مطلقا، و بذلك يظهر اندفاع ماقيل من انه اذا جاء خبر الموت بعد الاعتداد و كان الموت فی الاثناء استانفت العدة لمادل على انه اذا تجدد الموت فی اثنائها انتقلت الى عدة الوفاة وان لم تعلم بالموت الابعدها-ومع ذلك كله ما افاده صاحب الجواهر قوی فان صحيح بريد كالصريح فی انها فی العدة كالمطلقة بالطلاق الرجعی محكومة بانها امرأته و عليه فيشملها مادل على لزوم الاعتداد على الزوجة من حين بلوغ خبر الموت ولا ينافيه نصوص الباب بعد عدم التنافی بينهما

فبالمقدار الباقي من عدتها تتداخلان وتكمل الزايدة بعد مضي تلك المدة .

التاسعة - لو طلقها الزوج واتفق كون ذلك في زمان العدة التي هي من طلاق الحاكم اوالولي - صح - لان طلاقه رجعي والمطلقة الرجعية زوجة فالطلاق واقع في محله هكذا ذكره الاصحاب - لكن الشهيد الثاني اشكل على ذلك بانه لا تصح عندنا تطليقتان من دون تخلل رجوع بينهما - اللهم الا ان يقال ان المطلقة الرجعية باقية على الزوجية حقيقة الى انقضاء العدة او يجعل ذلك بمنزلة الرجوع والطلاق نحو اعتق عبدك عني - اقول قد عرفت ان المطلقة الرجعية زوجة حقيقة وان انقضاء العدة جزء السبب في الـزوال فما لم تنقض العدة لا تخرج عـن الزوجية فيصح الطلاق - و لو اتفق كون ذلك بعد العدة بطل الطلاق لانقطاع العصمة بينهما بانقضائها على كل حـال .

العاشرة ظاهر اكثر الاصحاب انه لا نفقة على الغائب في زمان العدة ولو حضر قبل انقضائها وتردد المحقق فيه في الشرايع - واستدل له بان العدة اما عدة وفاة وان جاز له الرجوع فيها اوعدة طلاق وعلى التقديرين لا نفقة لها - اما على الاول فواضح واما على الثاني فلظهور الادلة في ان نفقة المطلقة الرجعية فيما لو طلقها هو لا الطلاق في مثل الفرض فمقتضى اصالة البرائة عدم وجوبها - وفيه - انه يتم بناء على عدم اعتبار الطلاق في فراقها والا فهو طلاق رجعي يشمله مادل على ان المطلقة الرجعية لها النفقة من غير تقييد بكون المطلق هو الزوج - فالاظهر ان عليه النفقة.

الحادية عشر - لو مات احد الزوجين بعد العدة لا توارث بينهما سواء تزوجت بزوج آخر ام لا لما عرفت من انتفاء العصمة بينهما وانه لا سبيل له عليها بعدها - ولو مات في العدة فالاظهر ثبوت الارث لما تقدم من اعتبار الطلاق وان طلاقها رجعي - فيشمله مادل على التوارث لو مات احدهما في العدة الرجعية.

الثانية عشر - قال الشهيد الثاني في المسالك ان الحكم مختص بالزوجية فلا يتعدى الى ميراثه وقوفا فيما خالف الاصل على مورده فيتوقف ميراثه ومايترتب على موته، الى ان يمضي مدة لا يعيش مثله اليها عادة - وفيه ان مقتضى القاعدة وان كان

ما افيد ولكن وردت النصوص في ميراثه بخلاف ذلك - لاحظ موثق (١) سماعة عن الصادق عليه السلام - المفقود يحبس ماله على الورثة قدرمايطلب في الارض اربع سنين فان لم يقدر عليه قسم ماله بين الورثة و نحوه غيره - و سيأتي الكلام في ذلك في محله،

الثالثة عشر لو انفق عليها الولي اوالحاكم من ماله ثم تبين تقدم موته على الانفاق فلاضمان عليهاولاعلى المنفق للامر به شرعا ولانها محبوسة لاجله وقد كانت زوجته ظاهرا والحكم مبني على الظاهر كذافي المسالك - وفيه نظر - فلانه بانكشاف الموت يظهر كون ماانفق عليهامن مال الورثة فهي ضامنة للتصرف في مال الغير وان لم تاثم بذلك نعم لاضمان على الولي اوالحاكم - اذلاسبيل على المحسن - الحمدلله الذي وفقنا لاتمام كتاب الطلاق عصر الاثنين من ذي القعدة الحرام ١٣٨٨ .

في الخلع والمباراة

﴿الفصل الرابع في الخلع و المباراة﴾ الخلع بالضم اسم من الخلع بالفتح الذي هو في اللغة بمعنى النزع - و هو شرعاً ازالة قيد النكاح بفدية من الزوجة و كراهة منها له خاصة دون العكس - ومقتضى كلام الجوهري والفيومي وغيرهما من اللغويين اطلاق الخلع لغة على المعنى الشرعي - قال الجوهري و بالضم طلاق المرئة ببذل منها اومن غيرها - وقال الفيومي والاسم الخلع بالضم وهو استعارة من خلع اللباس لان كل واحدمنهما خالع الاخر فاذا فعلا ذلك فكان كل واحدمنهما نزع لباسه عنه - و لذا قال سيد المدارك والظاهر ان هذا المعنى كان معروفا قبل ورود الشرع - ومقتضى كلام الفيومي في المصباح ان الخلع بالمعنى الشرعي ماخوذ من الخلع بالفتح بمعنى النزع من حيث ان كلا منهما لباس للاخر كما اشار اليه

---

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب ميراث الخنثى حديث ٦

الاية(١)«هن لباس لكم وانتم لباس لهن» وكانه بمفارقة احدهما الاخر على هذه الكيفية نزع لباسه عنه ـ والمباراة بالهمزة وتقلب الفالغة المفارقة ـ وشرعا ازالة قيد النكاح بفدية منها مع كراهة من الجانبين.

و كيف كان فشرعية الخلع ثابتة باجماع المسلمين ـ والكتاب والسنة قال الله تعالى (٢) « فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » قال الشهيد الثانى ان سبب نزول الاية ان زوجة ثابت بن قيس اتت النبى واظهرت الكراهة منه فنزلت الاية و كان قد اصدقها حديقة فقال ثابت يا رسول الله ترد الحديقة فقال صلى الله عليه وآله وسلم ما تقولين قالت وازيده فقال لا حديقة فقط فاختلعت منه ـ وعن المجمع رواية ذلك ملخصا ـ ولكن الظاهر عدم كون الخبر مرويا فى كتب اخبارنا وانما هو فى كتب (٣) العامة ـ واما السنة فهى مستفيضة بل متواترة سيمر عليك طرف منها فى الابحاث الاتية.

ثم ان الظاهر من كلام جل الاصحاب عدم وجوب الخلع ـ وعن ظاهر الشيخ فى النهاية وجوبه وتبعه ابوالصباح وابن البراج والسيد ابن زهرة ـ قال المصنف فى محكى المختلف بعد نقل الوجوب عن هؤلاء و افتائه بعدم الوجوب لنا اصل البرائة من وجوب الخلع ثم قال واحتج بان النهى عن المنكر واجب وانما يتم بهذا الخلع فيجب والجواب المنع عن المقدمة الثانية والظاهر ان مراد الشيخ بذلك شدة الاستحباب ـ وانكر صاحب الحدائق افتاء هؤلاء بالوجوب وقال ان المراد به فى كلماتهم الثبوت و على كل حال فلا ريب فى ضعفه ـ نعم المستفاد من مجموع الادلة والفتاوى انه لا مرجوحية لـه شرعاً ـ و تحقيق الكلام فيه يقتضى البحث فى مقامات ـ الاول فى الصيغة ـ .

---

(١) البقرة اية ١٨٨ (٢) البقرة اية ٢٣٠

(٣) سنن ابى داود ج٢ باب فى الخلع

صيغة الخلع

والكلام فيه في ضمن مسائل -الاولى- اللفظ الصريح في الخلع ان يقول خلعتك على كذا اوفلانة مختلعة على كذا - بلا خلاف على وقوع الخلع بهما و ان توقفوا في الجملة الاسمية في العقود - وقد عرفت مما حققناه في غير مقام من هذا الشرح ان مقتضى القاعدة عدم اعتبار لفظ خاص في شيء من العقود والايقاعات و انه يصح انشائها بالماضي والمستقبل والجملة الاسمية وما شاكل- الامادل عليه دليل خاص بشرط ظهور اللفظ فيه و لو بالقرائن - و بذلك يظهر عدم اعتبار لفظ خاص في المقام.

﴿و﴾ الثانية قال الشيخ ﴿لايقع الخلع بمجرده مالم يتبع بالطلاق﴾ و تبعه ابنا زهرة و ادريس مدعياً اولهما الاجماع عليه بل قال الشيخ هو مذهب جعفر بن سماعة والحسن بن سماعة وعلي بن رباط وابن حذيفة من المتقدمين ومذهب علي بن الحسن من المتاخرين- واختاره الشهيد في اللمعة -وظاهر المتن حيث قال بعد العبارة المذكورة ﴿على قول﴾ التوقف في المسألة و كذا ظاهر المحقق في الشرايع حيث اقتصر على نقل قول الشيخ واسناد خلافه الى الرواية - وعن ظاهر المفيد والصدوق وابن ابي عقيل وسلار وابن حمزة وصريح جماعة آخرين منهم المصنف في المختلف والتحرير والشهيد في شرح الارشاد والشهيد الثاني بل الظاهر انه المشهور بين الاصحاب- انه يقع الافتراق بمجرده من دون اتباع بالطلاق.

والنصوص الدالة على القول الثاني مستفيضة لاحظ صحيح(١) الحلبي عن الصادق عليه السلام عدة المختلعة عدة المطلقة وخلعها طلاقها وهي تجزي من غير ان يسمى طلاقا - وصحيح (٢) ابن بزيع سئلت اباالحسن الرضا عليه السلام عن المرئة تباري زوجها او تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك او تكون امرأته مالم

(١-٢) الوسائل باب ٣ من كتاب الخلع والمباراة حديث ٤-٩

يتبعها بالطلاق فقال عليه السلام تبين منه و ان شائت ان يرد اليها ما اخذ منها و تكون امرأته فعلت فقلت فانه قد روى لنا انها لا تبين منه حتى يتبعها بطلاق قال عليه السلام ليس ذلك اذا خلع فقلت تبين منه قال عليه السلام نعم ـ وصحيح (١) سليمان بن خالد قال قلت ارأيت ان هو طلقها بعد ما خلعها ايجوز عليها قال ولم يطلقها وقد كفاه الخلع ولو كان الامر الينا لم نجز طلاقا ـ وصحيح (٢) محمد بن مسلم عن ابى عبدالله عليه السلام فاذا قالت ذلك من غير ان يعلمها حل له ما اخذ منها و كانت تطليقة بغير طلاق يتبعها و كانت باينا بذلك و كان خاطبا من الخطاب ونحوها غيرها .

وبازاء هذه النصوص خبر (٣) موسى بن بكر عن العبد الصالح (ع) قال على عليه السلام المختلعة يتبعها الطلاق مادامت فى العدة ونحوه خبره (٤) الاخر ـ وقد عمل بهما الشيخ ـ و حمل النصوص المتقدمة على التقية ـ وفيه اولا ان المخالفة للعامة وان كانت من المرجحات الا انه بعد فقد جملة من المرجحات كالشهرة و صفات الراوى و موافقة الكتاب و من الواضح ان تلك المرجحات تقتضى تقديم النصوص الاول ـ ومن الغريب ان المحدث البحرانى قبل صفحات اعترف بذلك ومع ذلك قال فى المقام ان الخبر المخالف للعامة يقدم على ما وافقهم مطلقا وانما توقف فى المسألة من جهة انه لم يثبت عنده كون مذهب العامة الاقتصار على صيغة الخلع كما ادعاه الشيخ ره ـ قال بل الظاهر من صحيحة سليمان بن خالد المتقدمة انما هو العكس فانه عليه السلام بعد ما افتى بالاكتفاء بمجرد الخلع وانه لا ضرورة الى الاتباع بالطلاق قال ولو كان الامر الينا لم نجز طلاقها فانه ظاهر فى ان الاتباع بالطلاق انما اجازوه تقية ولو كان الامر اليهم لم يجيزوا الطلاق هنا بل اكتفوا بالخلع ـ وهذا الذى ذكره اخير اشكال ثان على الشيخ ره ـ وثالثا ـ ان الخبرين يدلان على اتباع الخلع بالطلاق مادامت فى العدة ولم يقل بذلك احد بل القائلون باعتبار الطلاق انما يعتبرون اتباعه به بلا فصل ـ وان شئت قلت انهما يدلان على صحة الخلع وتاثيره بدون الطلاق ولذا تصير المرئة ذات عدة وانما

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب ٣ من كتاب الخلع والمباراة حديث ٨-٣-١-٥

يعتبر وقوع الطلاق في العدة - فالخبران معرض عنهما عند الاصحاب جميعا .

وافسد من ذلك ما استدل به ابن سماعة - بانه قد تقرر عدم وقوع الطلاق بشرط و الخلع من شرطه ان يقول الرجل ان رجعت في ذلك فانا املك بيضعك فينبغي ان لايقع به فرقة - اذ يرد عليه مضافا الى انه اجتهاد في مقابل النص - ان ذلك من احكام الخلع لامن شرائطه - مع انه على تقدير كونه شرطا لايكون شرطاً منافيا للتنجيز وانما هو اشتراط امر آخر كما سيمر عليك.

والذي اظنه في الخبرين بواسطة قوله عليه السلام المختلعة يتبعها الطلاق ولم يقل الخلع يتبعه الطلاق ان المراد بهما - انه يجوز ان تطلق المرئة المختلعة مادامت في العدة مرة اخرى بان ترجع في البذل فليراجعها الزوج ثم يطلقها - ثم انه قد يتوهم دلالة صحيح ابن بزيع على اعتبار ان لايتبع الخلع بالطلاق - لقوله عليه السلام فيه ليس ذلك اذا خلع (وفيه) ان هذا يتم لو كان - خلع - في الخبر - بسكون اللام وضم العين - اوخلعا - بفتحها ليكون خبر ليس - ولكن الظاهر كما ضبطه بعض مشايخ سيد الرياض كونه بفتح الثلاثة ويكون اذ شرطية فيكون المراد انه ليس الحكم الذي ذكره السائل من عدم البينونة الا بالاتباع بالطلاق في صورة ما اذا خلع بل يختص ذلك بغيرها - وسياتي اشتراطه في المباراة عند الاكثر .

الطلاق مع الفدية منفردا عن لفظ الخلع

-الثالثة - قد تكرر في كلمات الاصحاب انه يقع الطلاق مع الفدية والطلاق بعوض وانه يقع به البينونة وان انفرد عن لفظ الخلع - ومحل الكلام في المقام انما هو في صورة كراهية الزوجة - واما بدونها فسياتي الكلام فيه - ثم انه تارة يقصد الخلع وينشأ ذلك بالطلاق مع الفدية و بالعوض فلا اشكال في صحته لما عرفت من عدم اعتبار لفظ خاص في الخلع وانه يصح انشائه بكل لفظ مبرز لذلك ومن افراده الطلاق مع الفدية لان الخلع نوع خاص من الطلاق يختص بلفظ خلعت وماشا كل عن باقي افراد الطلاق لا انه حقيقة خاصة غير حقيقة الطلاق كي لايصح انشائه كما ستعرفه .

واخرى لايقصد الاالطلاق مع الفدية ولايقصد عنوان الخلع والظاهر ايضا صحته لان حقيقة الخلع هى الطلاق بعوض مع كراهية الزوجة ولايعتبر فيه عنوان آخر قصدى ليعتبر قصده - فقصد الطلاق بفدية - قصد عنوان الخلع الذى هو موضوع الحكم - فيقع الطلاق بائنا - ومما يشهد بما ذكرناه من انه نوع خاص من الطلاق - ما فى النصوص المتقدمة ففى صحيح الحلبى خلعها طلاقها - ففى صحيح محمد بن مسلم و كانت تطليقة بغير طلاق يتبعها وكانت بائنا - و نحو ذلك ما فى ساير النصوص - وبهذا يظهر ان الحق فيما عنونوه من ان الخلع هل يكون طلاقا اوفسخا كونه طلاقا كما هو المشهور بين الاصحاب - ونسب الى الشيخ ره اختيار انه فسخ - واحتج له المصنف ره بانها فرقة عريت عن صريح الطلاق ونيته فكانت فسخا كساير الفسوخ - و اجاب عنه بانه لا استبعاد فى مساواته للطلاق وقد دل الحديث عليه فيجب المصير اليه - والحق ما عرفت من انه طلاق لاشىء آخر مساوله - مع - ان الشيخ ره مذهبه اتباع الخلع بالطلاق .

و كيف كان فقد رتبوا على هذا النزاع - عد الخلع فى الطلقات المحرمة وعدمه فعلى القول بانه فسخ لايعد منها ويجوز تجديد النكاح والخلع من غير حصر بلا احتياج الى المحلل - وعلى القول بانه طلاق يترتب عليه احكام الطلاق ولكن على القول بانه فسخ يترتب عليه هذا الحكم من احكـام الطلاق للنصوص المتقدمة فلاثمرة لهذا النزاع.

فى اعتبار الموالاة بين البذل والطلاق

الرابعة - ظاهر الاصحاب انه يعتبر فى صيغة الخلع وقوعها على جهة المعاوضة بينه وبين الزوجة قالوا ويتحقق ذلك باحد امرين تقدم سؤالها ذلك على وجه الانشاء وبان تقول مثلا على وجه الانشـاء بذلت لك كذا على ان تخلعنى مثلا فيقول خلعتك على ذلك مثلا او انت طالق بذلك اومجردا ناويا للعوض - والثانى ابتدائه بذلك مصرحا بالعوض فتقبل المرئة بعده بلا فصل ينافى المعاوضة وبدون ذلك يقع الخلع باطلا وفى الجواهر بل لا اجد فيه خلافا .

وقد استدل على ذلك بوجوه. ١ - تظافر النص والفتوى بان موضوع الخلع تقدم الفداء والحق به المقارنة للطلاق بالعوض وعلى كل حال فالتزامها به بعد ذلك خارج عن موضوع الخلع (وفيه) ان تظافر النص انما هو على اعتبار كراهتها قبل الطلاق وابراز تلك لا تقدم الفداء - مع انه لا تدل النصوص على اعتبار عدم الفصل بين الفداء المقدم و الطلاق فلو تقدم فدائها ثم طلاقها عليه مع فرض استمرار عزمها على البذل صح و كذا فی صورة التاخر الملحق بصورة التقدم.

٢ - انه لو تاخر الفدية لزم البناء على الوقوف الى زمن رضاها اوردها وهو معلوم البطلان لان الفضولية لا تجرى فيه (وفيه) ان ذلك غير مربوط بالفضولية بل هو من قبيل تاخر احد طرفی العقد - ولا مانع من تاخره من هذه الناحية بل العقد دائما من هذا القبيل غاية الامر الفرق بين المقام وساير الموارد طول الزمان الفاصل وقصره وهذا لا يوجب الفرق بينهما.

٣ - انه اذا تاخر القبول من المرئة يلزم منه التعليق فی الطلاق باعتبار ترتب الطلاق على قبول البذل وهو يوجب البطلان (و فيه) اولا - انه لو تم لزم منه عدم صحته فی صورة التاخر مطلقا ولو قبلت بلا فصل - و ثانيا - ان التعليق الذی هو مقتضى المعاوضة لا يوجب البطلان الاترى ان الموجب للبيع مثلا يملك ماله بازاء الثمن ومعنى ذلك تمليكه اياه ان اعطاه الثمن وهذا ليس تعليقا موجبا للبطلان - وثالثا انه يمكن البناء على صحة الطلاق من حينه غاية الامر ان قبلت البذل لا رجعة له والا فله الرجوع كما فی ساير الموارد.

٤ - ان الخلع من المعاوضات - كما يشهد به مضافا الى اتفاق الاصحاب اطلاق لفظ الشراء والصلح على الحال المزبور - فعن (١) امير المؤمنين عليه السلام لكل مطلقة متعة الا المختلعة فانها اشترت نفسها - و فی خبر (٢) البقباق عن الصادق

---

(١) الوسائل باب ١١ من كتاب الخلع والمباراة حديث ٣

(٢) الوسائل باب ٧ من كتاب الخلع والمباراة حديث ٣

عليه السلام المختلعة ان رجعت فى شيء من الصلح يقول لارجعن فى بضعك - و ظهور النصوص فى اعتبار انشاء التراضى بينهما بذلك - و اعتبار الموالاة فى المعاوضات واضح - (وفيه) اولا ان الخلع ليس من المعاوضات قطعا - ولذا لورجعت بالبذل لم يبطل الطلاق بل يكون رجعيا نصاوفتوى ولو كان البذل مما لا يملكه المسلم او مغصوبا لاخلاف بينهم فى عدم فساد الطلاق - بل البذل منها باعث على ايجاد الطلاق الذى هو من قسم الايقاع الذى لايملك عوضا ولاشرطا - ولذ اقلنا ان طلاق الخلع من اقسام الطلاق حقيقة لانه من العقود غاية الامر الشارع الا قدس خص هذا القسم من الطلاق باحكام واطلاق الشراء والصلح عليه اعم من ذلك فانه بضرب من العناية - واعتبار التراضى لايدل على ذلك وثانيا انه لادليل على اعتبار الموالاة فى المعاوضات لان العقد من مقولة المعنى لا اللفظ و هو عبارة عن ربط احد الا لتزامين بالاخر باعتبار ورودهما على امر واحد وهو كون احد المالين مثلا بازاء الاخر وهذا لايقتضى الا بقاء الا لتزام الاول على حاله و ان تخلل زمان طويل - وتفصيل القول فى ذلك فى محله وقد اشبعنا الكلام فيه فى كتاب البيع .

٥ - ان المتيقن من النصوص هو صورة عدم الفصل بينهما وفى غيرها لادليل على مشروعية الخلع - وفيه - انه لاوجه للاخذ بالمتيقن بعد اطلاق النصوص سيما وان الخلع كما مر من الانشائيات التى عليها ساير المذاهب وكان متعارفا قبل الاسلام والنصوص والاية الكريمة تكون امضائا له - فالمتحصل - انه لا دليل على اعتبار ذلك الا الاجماع ان ثبت و كان تعبديا - ولكن الاحتياط حسن سيما فى هذا الباب وفى خصوص صورة تاخر البذل .

ويترتب على ما ذكرناه انه لوابتدأ فقال للكارهة انت طالق بالف او و عليك الف صح الخلع وان تاخر بذلها وانه لو بذلت تكون فدية ولوقبلت ضمنت وليس من قبيل ضمان مالم يجب - كما فى الشرايع - نعم مالم تقبل المرئة لايستحق عوضا ويكون الطلاق رجعيا مع فرض اجتماع شرائطه والا كان بائنا .

في الفدية

المقام الثاني في الفدية ﴿ و ﴾ قد عرفت ان الفرق بين الخلع وغيره - انه ﴿ لا بد فيه من الفدية ﴾ انما الكلام في المقام فيما يعتبر فيها - قال المصنف ره - ﴿وهي مايصح تملكه بشرط التعيين واختيار المرئة وله ان يأخذ اكثر مما اعطاها﴾ وتمام الكلام في ضمن مسائل.

الاولى طفحت كلماتهم بانه كلما يصح ان يكون مهرا يصح ان يكون فداء - وقد مر في بحث المهران كلما يملكه المسلم من عين او دين او منفعة يصح كونه مهرا اذا كان متمولا -وح- فيصح ان يقال هي مايصح تملكه - ولا تتقدر الفدية في جانب الكثرة بما وصل اليها من المهر و غيره بلا خلاف في شيء من ذلك - والاية الكريمة والنصوص شاهدة بذلك لاحظ -صحيح (۱) زرارة عن ابي جعفر عليه السلام المبارئة يؤخذ منها دون الصداق والمختلعة يؤخذ منها ماشئت اوماتراضيا عليه من صداق او اكثر و انماصارت المبارئة يؤخذ منها دون المهر والمختلعة يؤخذ منها ماشاء لان المختلعة تعتدي في الكلام وتكلم بمالايحل لها -وموثق (۲) سماعة فاذا اختلعت فهي بائن وله ان يأخذ من مالها ماقدر عليه وليس له ان يأخذ من المبارئة كل الذي اعطاها وحسن (۳) زرارة عن الباقر عليه السلام في حديث فاذا قالت ذلك فقد حل له ان يخلعها بما تراضيا عليه من قليل او كثير ونحوها غيرها فلا اشكال في الحكم.

المسألة الثانية - صرح جماعة بانه انما يصح جعل كل مايملك فدية - بشرط التعيين اما بالاشارة كهذا الموجود او بالوصف الذي يحصل به التعيين المخرج له عن الجهالة له وظاهرهم الاكتفاء في ذلك بمشاهدته ولوجهل خصوصياته فالمعتبر معلوميته في الجملة - و في الشرايع فصل بين الغائب والحاضر و اكتفى في الثاني بالمشاهدة - واعتبر ذكر الجنس والوصف والقدر في الغائب.

(۱-۲-۳) الوسائل باب ۴ من كتاب الخلع والمباراة حديث ۱-۴-۵

اقول ان التعيين المقابل للابهام الواقعي يعتبر قطعا لان المردد لاحقيقة له ولا وجود مع انه في النصوص كلما تراضيا عليه من المال ونحوه صح به الخلع - والمردد الواقعي لايكون قابلا للتراضي عليه فلا محالة يتعقبه الخلاف والنزاع - و اما التعيين المقابل للجهل فلا دليل على اعتباره بل مقتضى الاصل و اطلاق النصوص عدم اعتباره - والنهي عن الغرر اما مختص بالبيع اووساير المعاوضات لامثل الفدية التي ليست من المعاوضات كما عرفت - فيكفي في الحاضر والغائب التعيين الموجب لكونه شيئاً يتمول ويتراضيان عليه وقدمر تفصيل القول في ذلك في المهور - وعليه فلو بذلت له ما في ذمته من المهر جاز وان لم تعلم قدره لان ذلك متعين في نفسه - فما عن الشهيد الثاني في المسالك من عدم الصحة - ضعيف - ولو خالعها على الف واطلق ولم يذكرا المراد من تلك الالف ولا قصدا بطل لعدم التعين - و لو اتفقا على قصد معين بان قصد كل منهما الف درهم و ان لم يذكرا الدرهم صح كما عن الشيخ والمصنف والمحقق التصريح بذلك و كذا لو قصد احدهما الالف درهم - وقصد الاخر ما يقصده من دون ان يعلم بقصده صح ايضاً للتعين،

حكم مالو وقع الخلع على مالا يملك

الثالثة لووقع الخلع على ما لايملكه المسلم كالخمر والخنزير وعلم الزوج بذلك فالظاهر انه لاخلاف في بطلان الخلع - لان البذل فاسد لاشتراط المالية فيه بلاخلاف والنصوص المتقدمة شاهدة به مضافا الى وضوحه - وعدم وقوع الخلع بدون البذل ايضاً لاريب فيه .

انما الكلام في انه هل يقع طلاقا رجعياً املا - فيه اقوال - ١ - وقوع الطلاق الرجعي مطلقا كان الخلع بصيغة خلعتك على كذا - او بصيغة انت طالق بكذا او باتباع الخلع بالطلاق اختاره صاحب الجواهر ره - ٢ - عدم وقوعه الااذا اتبع الخلع بالطلاق اختاره المحقق في الشرايع وقواه الشهيد الثاني - ٣ - البطلان مطلقا اختاره المحدث البحراني ره .

واستدل للاول بان الخلع بنفسه طلاق وان كان مورده خاصا فتارة يصح واخرى يبطل لفقد شرط من شرائطه ولكنه لايبطل اصل الطلاق الحاصل به كما يؤمي اليه مادل من النص على صيرورة الطلاق رجعيا لو فسخت البذل ورجعت به (وفيه) انه لا اشكال كما تقدم منا ان الخلع قسم من الطلاق ولكنه قسم خاص منه له احكام خاصة منها انه يصح انشائه بغير لفظ طالق - و عليه فلو وقع صحيحا ثم فسخ دل الدليل على وقوعه رجعيا - واما لو كان باطلا من الاول فوقوعه رجعيا مع كونه غير واجد لشرايط الطلاق الرجعى التى منها و قوع الطلاق بصيغة خاصة فلا دليل على صحته و وقوعه رجعياً .

واستدل للثالث بان الواقع غير مقصود وماقصد غير واقع لتوجه القصد الى الخلع بهذا البذل والبينونة به ولم يتعلق بمجرد الطلاق الرجعى فالطلاق الرجعى غير مقصود وماقصد غير صحيح ولا واقع (و فيه) ماتقدم من ان عنوان الخلع ليس من العناوين القصدية المعتبرة فى الصحة - و كذا كون الطلاق رجعياً او بائنا - بل هما من احكام الطلاق المختلف باختلاف الموارد - فلا يلزم وقوع مالم يقصد و عدم وقوع ماقصد

واستدل للثانى الشهيد الثانى ره بانه مع الاقتصار على الخلع لايتحقق صحة الطلاق مع فساد العوض لان الخلع الذى يقوم مقام الطلاق اوهو الطلاق ليس الا اللفظ الدال على الابانة بالعوض فبدونه لايكون خلعا فلايتحقق رفع الزوجية بائنا ولا رجعيا وانما يتم اذا اتبعه بالطلاق ليكونا امرين متغايرين لايلزم من فساد احدهما فساد الاخر فيفسد الخلع لفوات العوض ويبقى الطلاق المتعقب به رجعيا (وفيه) اولا ان الطلاق المتعقب بالخلع ليس انشاء مستقلا وقد صرح الشهيد نفسه بانه هو المملك للعوض - فلاسبيل الى القول بالتفصيل - وثانيا - ماتقدم من عدم كون الخلع والطلاق حقيقتين مختلفتين .

فالحق ان يقال انه يصح ان كان الخلع بصيغة طالق مع ضم مايوجب تعيين الزوجة سواء قدمها صيغة الخلع او عقبتها كلمة بعوض وما شاكل لفرض انه قاصد

للطلاق وانشاء بما يصح انشائه به وزيادة كلمة او جملة قبل الصيغة او بعدها لا تكون من الموانع فيصح الطلاق الرجعي - وفي غير ذلك لا يصح لفقد شرط الصحة وهو الصيغة الخاصة - ومن ذلك ينقدح قول رابع في المسألة.

واما في صورة الجهل كما لو خالعها على خل بزعمهما فبان انه خمر فلا خلاف في صحة الخلع وان له بقدرها خلا - واستشكل فيه صاحب الحدائق ره نظرا الى انه لا نص فيه فلابد من التوقف - وقد استدل لما ذهب اليه الاصحاب بان تراضيهما على مقدار من الجزئي المعين الذي يظنان كونه متمولا يقتضي الرضا بالكلي المنطبق عليه لان الجزئي مستلزم له فالرضا به مستلزم للرضا بالكلي فاذا فات الجزئي لمانع صلاحيته للملك بقي الكلي - وبانه اقرب الى المعقود عليه (ويرد) على الوجه الاول ان الذي وقع عليه التراضي هو الموجود الخارجي الذي هو خمر وظن كونه خلا لا يصيرها خلا كي يستلزم الخل الكلي ويكون الرضا به مستلزما للرضا به مع ان ما وقع عليه التراضي هو الحصة الخاصة من الطبيعة المتحققة في ضمن الجزئي فلا يعقل بقائها مع ارتفاع الجزئي والمحكوم بثبوته وهي الحصة المتحققة منها في ضمن فرد آخر لم يقع التراضي عليه - ويرد الثاني ان الانتقال الى الاقرب فرع استحقاق نفسه - وبذلك يظهر اندفاع ما قيل من انه يصح ويجب قيمته عند مستحليه معللا بان قيمة الشيء اقرب اليه عند تعذره - فان الانتقال الى القيمة فرع استحقاق ذي القيمة - فالاظهر عدم صحته خلعا وانما يصح طلاقا رجعيا على التفصيل المتقدم في صورة العلم الا ان يثبت اجماع تعبدي على ما ذكروه في المقام وهو كما ترى - نعم - يمكن ان يبنى على الصحة وان له بقدرها خلا لو خالعها على الموجود الخارجي لا بما انه شخص خاص بل بما انه مصداق لقدر معين من الخل بحيث يكون الخلع واقعا على ذلك المقدار من الخل - ولكنه خارج عن الفرض

فى الباذل للفداء

الرابعة ـ لاخلاف فى صحة بذل الفدية من المرئة وهومورد الاية والاخبار. وكذا من وكيلها الباذل من مالها لعموم الوكالة واطلاقها ـ و الحق الشهيد الثانى ره بالوكيل الضامن له باذنها من ماله ليرجع به عليها ـ وذكر فى وجهه ان دفعه له بمنزلة اقراضه لها و ان كان بصورة الضمان ـ اقول ان من يقول للزوج طلق زوجتك على مائة وعلى ضمانها ـ تارة يقصد المائة فى ذمة الزوجة فح يكون الخلع واقعا على مالها لاعلى ماله ـ واخرى يقصد المائة فى ذمة نفسه فلا معنى لقوله و على ضمانها ـ وكذا لووقع على مائة خارجية ـ ثم لوقصد المائة فى ذمته لايتصور قرضه لها ـ فلااتصورعا جلامعنى معقولا لضمانه فى ذمته على نحو يرجع الى كون دفعه له اقراضه لها.

وكيف كان فقدوقع الخلاف فى صحة البذل من المتبرع والمشهور بين الاصحاب عدم صحته خلعا ـ بل عن المسالك لم يعرف القائل بالجواز منا ـ وقداستدل له بان الخلع من عقود المعاوضة فلايجوز ان يكون العوض من غير صاحب المعوض كالبيع ـ ولكن قد عرفت عدم كون الخلع من عقود المعاوضة وعلى فرض كونه منها لايعتبر فى المعاوضة دخول العوض فى كيس من خرج عن كيسه المعوض كما بيناه فى كتاب البيع ـ فالاولى ان يستدل له بان دليل مشروعية الخلع وترتب احكامه الخاصة انما هو الاية والنصوص اما الاية ـ اى قوله تعالى «لاجناح عليهما فيما افتدت به» فهى مختصة بصورة افتدائها ولاتشمل فداء الاجنبى ـ واما النصوص فجملة منها فى مورد كون الفدية من مالها ولااطلاق لشىء منها يشمل صورة فداء الاجنبى وجملة اخرى مفادها مفاد الاية الكريمة فلادليل على مشروعية الطلاق فى صورة فداء المتبرع نعم لوافتدت من مال الغير باذنه صح الخلع لشمول الاية وماشابهها من الاخبار له ح لولا الاجماع على البطلان ـ ولاتدل النصوص الدالة على جواز رجوعها فيما بذلته على اختصاص الخلع بهذه الصورة كى يستشهد بعكس نقيضها على البطلان فى المقام.

ثم انه قدذكر الاصحاب فروعامترتبة على جواز الفداء من الاجنبى اعرضنا عن ذكرها بعدعدم جوازه ـ وفى مورد كون الفداء من مال الغير وافتدت هى به باذنه هل يجوز لها الرجوع املا ـ الظاهر انه لايجوز لاختصاص مادل على جواز رجوعها بما اذا كان الفدية من مالها ـ ومقتضى اصالةاللزوم عدمجوازرجوعها فى الفرض .

فى شرائط الخالع والمختلعة

المقام الثالث فى الشرائط ـ وهى اما تتعلق بالخالع اوالمختلعة اوتكون خارجة عنهمافهيهنامواضع ثلاثة ـ احدها ـ مايتعلق بالخالع ـ لاخلاف «و» لااشكال فى انه «يشترط فى الخالع» امور ثلاثة «التكليف» اى البلوغ والعقل «والاختيار والقصد» وقدتقدم تفصيل القول فى هذه الشروط فى كتاب الطلاق لانه مطلق وعليه فياتى فيه النزاع فى صحته من الصبى البالغ عشرسنين وعدمها .

وهل يصح الخلع من ولى الطفل املا ـ ففى الحدائق ان جعلنا الخلع طلاقا اومفتقرا الى ان يتبع بالطلاق لم يصح مطلقا لما تقدم من انه ليس للولى ان يطلق عن الصبى وان جعلناه فسخا كما هو القول الاخر صح وروعى فى صحته المصلحةلانهح بمنزلة المعاوضةعنهوهى جائزة مع المصلحة انتهى ـ ولكن الظاهرعدم صحتهحتى على ذلك القول لان النصوص الدالةعلى ان الخلع طلاق ان لم تكن صالحة لاثبات كونه طلاقا حقيقة فلا اشكال فى انها منزلة للخلع منزلة الطلاق و مقتضى اطلاق التنزيل ترتب آثاره عليه منها هذا الاثر ـ فالا ظهرعدم صحة الخلع من ولى الصبى .

الثانى فيما يعتبر فى المختلعة ـ لا خلاف «و» لا كلام فى انه يشترط «فى المرئة مع الدخول» بها «الطهر الذى لم يقربها فيه بجماع مع حضوره ـ وانتفاء الحمل و امكان الحيض ـ واختصاصها بالكراهية» بل الاجماع بقسميه على اعتبار الجميع ـ ويشهد لاعتبار غيرالكراهية منها خاصة ـ مادل على اعتباره فى الطلاق الذى هو من اقسامه فكل مادل الدليل على اعتباره فيه ـ يعتبر

فى الخلع - كما ان كل مادل الدليل على عدم اعتباره فى الطلاق لا يعتبر فيه الا ما خرج بالدليل. مضافا الى جملة من النصوص كصحيح(١) محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام لا طلاق ولا خلع ولا مباراة الا على طهر من غير جماع - وصحيح (٢) محمد بن اسماعيل عن ابى الحسن الرضا عليه السلام عن المرئة تبارى زوجها او تختلع منه بشاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه فقال عليه السلام اذا كان ذلك على ما ذكرت فنعم - وخبر(٣) زرارة ومحمد عن ابيعبدالله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة وليس فيها رجعة قال زرارة لا يكون الا على مثل موضع الطلاق اما طاهرا واما حاملا بشهود - ونحوها غيرها - وعليه فيصح خلع الحامل مع رؤية الدم كما يصح طلاقها ولو قيل انها تحيض لانها احدى الخمس التى يطلقن على كل حال - وكذا يصح خلع التى لم يدخل بها ولو كانت حائضا و تخلع اليائسة التى وطئها فى طهر المخالعة - فان قيل ان مقتضى اطلاق النصوص المتقدمة عدم صحة خلع الحائض وان كانت حاملا اوغير مدخول بها - قلنا بعد ما عرفت من انه طلاق يكون سبيل هذه النصوص سبيل النصوص الدالة على بطلان الطلاق فى الحيض - فتعارض مع مادل على ان خمسا يطلقن على كل حال - منهن الحامل وغير المدخول بها والنسبة عموم من وجه وتقدم هذه النصوص كما مر فى الطلاق .

يعتبر فى الخلع الكراهية من المرئة

واما الكراهية من المرئة خاصة فاعتبارها فى الخلع اجماعى والنصوص المستفيضة او المتواترة الاتية طرف منها دالة عليه - انما الكلام فيه فى موارد -١- هل يعتبر زايدا على الكراهة اسماع معانى الاقوال المذكورة فى النصوص كما عن الشيخ وغيره من المتقدمين بل عن الحلى دعوى اجماع اصحابنا عليه - ام يعتبر تعديتها فى الكلام خاصة تعدية توهم وقوعها فى الامور المحرمة لولا البينونة كان ذلك بعبارة

(١-٣) الوسائل باب ٦ من كتاب الخلع والمباراة حديث ٣-٦

(٢) فروع الكافى ج ٦ ص ١٤٣ - باب المباراة روى فى الوسائل باب ٣ من ابواب الخلع حديث ٩ مع اختلاف يسير

مخصوصة ام لم يكن كما في الرياض - ام يكفي حصول الكراهية منها سواء علم ذلك من قولها اوفعلها او غيرهما - كما عليه جل متاخري الاصحاب بل في كشف اللثام نسبته الى الاصحاب على ماحكي اما الكتاب فهو شاهد بالقول الاخير لانه جعل المدار في الاية(١) الكريمة على خوف عدم اقامة حدود الله تعالى ولا ريب في تحققه معها - وقضية جميلة المتقدمة التي هي الاصل في سبب نزول الاية خالية عن ذكر هذه الاقوال المذكورة في النصوص.

و اما النصوص فمنها ماظاهره القول الاول كحسن (٢) الحلبي عن الصادق عليه السلام لايحل خلعها حتى تقول لزوجها والله لا ابر لك قسما ولا اطيع لك امرا ولا اغتسل لك من جنابة ولاوطين فراشك ولاذنن عليك بغير اذنك وقد كان الناس يرخصون فيمادون هذا فاذا قالت المرئة لزوجها حل له ما اخذ منها الحديث - وحسن(٣) محمد بن مسلم عنه عليه السلام المختلعة التي تقول لزوجها اخلعني و انا اعطيك ما اخذت منك فقال عليه السلام لايحل له ان ياخذ منها شيئا حتى تقول والله لا ابر لك قسما ولا اطيع لك امراً ولاذنن في بيتك بغير اذنك فاذا فعلت ذلك من غير ان يعلمها حل ما اخذ منها ونحوهما غيرهما -.

و لكن بواسطة ما في ذيل حسن محمد من قوله فاذا فعلت ذلك من غير ان يعلمها - ولما فيها من اختلافها في الالفاظ - والصحيح(٤) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام اذا قالت المرئة لزوجها جملة لااطيع لك امرا مفسرا وغير مفسر حل له ما اخذ منها وليس له عليها رجعة - وخبر (٥) سماعة عن الصادق عليه السلام لايجوز للرجل ان يأخذ من المختلعة حتى تتكلم بهذا الكلام كله وقال اذا قالت له لااطيع الله فيك حل له ان ياخذ منها ما موجد - لابد من البناء على عدم اعتبار تلك الاقوال - بل الجمع بين الخبرين الاخيرين وما في ذيل حسن محمد الدال على عدم اعتبار القول كفاية كل مايكشف عن مخالفتها

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٠

(٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ١ من كتاب الخلع والمباراة حديث ٣-٤-١-٢

لحدود الله.

بل الجمع بين النصوص والاية وكلمات الاصحاب يقتضي البناء على كفاية كونها بحيث يخاف عدم اقامتها لحدود الله والظاهر ملازمة ذلك لكراهتها اياه وان لم تصل الى الحد الذى ذكره سيد الرياض - و ظاهر جمع و صريح آخرين حمل كلمات القدماء ايضا على ذلك - فالمتحصل ان المستفاد من الادلة و كلمات الاصحاب الاكتفاء بالكراهية التى من شأنها صيرورة المرئة مخالفة لحدود الله تعالى فلا ينافي تخلفها فى بعض الافراد النادرة - كما انه لايكتفى بالمخالفة والتقصير فى حقوق الزوج مع عدم كونها كارهة له - وهذا شاهد آخر على ان المدار على المنكشف بالاقوال والافعال المزبورة لا بالكاشف فما افاده المتاخرون من اعتبار مطلق الكراهية هو الاظهر ولعله ايضا مراد المتقدمين ايضا بقرينة عدم ذكر المتاخرين الخلاف فى المسالة (ثم انه) لافرق بين كون الكراهة ذاتية اولعارض - فما افاده بعض الاعاظم من الاختصاص بالاولى غير ظاهر الوجه.

فى الشرط الذى لايقتضيه العقد

الموضع الثالث فيما يعتبر فى صحة الخلع - غير شرائط الخالع والمختلعة لا خلاف ﴿و﴾ لا اشكال فى انه يعتبر ﴿حضور شاهدين عدلين﴾ ويشهد به مادل على اعتبار ذلك فى الطلاق بعد ماعرفت من انه قسم من الطلاق - والنصوص السابقة ايضا شاهدة به - وهل يعتبر علم الشاهدين بالمرئة والخالع ام لا - فيه بحث قد تقدم فى الطلاق فلا نعيد.

﴿و﴾ منه ﴿تجريده عن شرط لايقتضيه العقد﴾ ذكره الاصحاب مرسلين له ارسال المسلمات - قال الشهيد الثانى فى المسالك الضابط فى كل شرط لايصح تعليق العقد عليه هو الشرط الخارج عن مقتضى العقد فلو شرط ما هو مقتضاه بمعنى ان مضمونه يتناوله العقد وان لم يشترط لم يضر و كان ذلك بصورة الشرط لا بمعناه كقوله ان رجعت فى البذل رجعت فى الطلاق فان ذلك امر ثابت مترتب على صحة الخلع اشترط

ام لم یشترط و کذا قولها علی ان لی الرجوع فیه فی العدة ونحو ذلك انتهی وقد تبعه غیره علی ذلك - اقول تارة لا یعلق انشاء الخلع علی الشرط - بل یشترط فی ضمنه شیئا علی احد الطرفین - نظیر ما یشترط فی ضمن عقد البیع من فعل او نتیجة - واخری یعلق انشاء الخلع علیه .

اما القسم الاول غیر المنافی للتنجیز المعتبر - فمحصل القول فیه - ان مقتضی عموم دلیل وجوب الوفاء بالشروط الذی خرج عنه الشروط الابتدائیة اما لعدم صدق الشرط علیها اوللاجماع و بقی الباقی منه الشرط فی ضمن الخلع وان کان هو شبیها بالمعاوضة لا معاوضة حقیقیة-لزوم الوفاء به کان ذلك مقتضی العقد ام لم یکن - وما ذکره الشهید من المثال من هذا القبیل - ولا اظن ان یکون مراد الاصحاب من اعتبارهم تجریده عن الشرط ذلك .

واما القسم الثانی - فقد مر فی مبحث الطلاق ان المعلق علیه ان کان مما یقتضیه العقد - کقول انت طالق ان کنت زوجتی وخالعتك علی الف ان بذلت وماشا کل - او کان مما علم حصوله صح والا بطل وما ذکرناه هناك یجری فی المقام ولا حاجة الی الاعادة-ودعوی - سید الریاض ان المتیقن من ادلة الخلع هو الخلع المنجز فالمعلق منه باطل و ان علم تحققه الا ما یقتضیه العقد - مندفعة - بان مقتضی اطلاق النصوص کالاخبار المتقدمة فی اول هذا المقام صحة المعلق ایضا غایة الامر خرج عنها بالاجماع ما علق علی ما لا یقتضیه العقد ویکون غیر معلوم الحصول-مع انه یرد علیه ان لازم ما افاده البطلان وان کان الشرط مما یقتضیه العقد - ویرد علیه مضافا الی ذلك کله تمثیله لشرط یقتضیه العقد بشرط الرجوع ان رجعت لما عرفت من عدم کون ذلك منافیا للتنجیز الذی ادعی ان المتیقن من الادلة الخلع المنجز .

ولو علقت البذل علی قید فالظاهر صحته ایا ما کان القید - لعدم الاجماع علی فساده - وعن المسالك وبقی البحث فی تعلیق الاستدعاء علی الشرط وقد تقدم تجویزه وفی التحریر لو قالت ان طلقتنی واحدة فلك علی الف فطلقها فالاقرب ثبوت الفدیة وهو تعلیق محض الا ان یقال بان الاستدعاء یتوسع فیه وان لم یختص بلفظ انتهی- و بما ذکرناه

يظهر مافى كلمات الفقهاء منا لخلط فى المقام .

حكم مالوخالعهاوالاخلاق ملتئمة

المقام الرابع فى الاحكام ﴿و﴾ فيه مسائل ـ الاولى ـ ﴿يبطل﴾ الخلع ﴿لو انتفت الكراهية منها ولا يملك الفدية﴾ بلاخلاف ولااشكال بل الاجماع بقسميه عليه مضافا الى السنة المستفيضة او المتواترة التى قدمر كثير منها كذا فى الجواهر ـ ويشهد لعدم تملكه الفدية النصوص المتقدمة المصرحة بعدم حل اخذ شيء منها مع عدم الكراهية ـ وفى وقوع الطلاق رجعيا وعدمه اقوال تقدمت فى مبحث مالو جعل الفدية ممالا يملك وبيناهناك ماهو المختار عندنا وماذكرناه هناك يجرى فى المقام فلانعيد .

انما الكلام فى المقام فى انه هل يصح الطلاق بالعوض بدون الكراهية ويصح البذل ويحصل البينونة بالطلاق ويكون هو غير الخلع والمباراة ـ ام يكون هو من اقسام الخلع والمباراة ولافرد آخر له المشهور بين الاصحاب هو الثانى ـ بل عن كتاب نهج الحق و كشف الصدق ذهبت الامامية الى انه اذا كانت الاخلاق ملتئمة بين الزوجين والحال عامرة فبذلت له شيئا على طلاقها لم يحل له اخذه وخالف ابو حنيفة ومالك والشافعى واحمد وقد خالفوا قول الله تعالى الخ ـ وعن المدارك بعد نقل القول الاول عن جده ان الطلاق بعوض من اقسام الخلع كما صرح به المتقدمون والمتاخرون من الاصحاب الى ان قال وماذكره جدى فى الروضة والمسالك من ان الطلاق بعوض لايعتبر فيه كراهة الزوجة بخلاف الخلع غير جيد لانه مخالف لمقتضى الادلة وفتوى الاصحاب فانا لانعلم له فى ذلك موافقا وذهب الشهيد الثانى والمحقق القمى الى الاول و نقله المحدث البحرانى عن جماعة من معاصريه من علماء العراق .

يشهد لما هو المشهور بين الاصحاب الاية الكريمة (١) « ولا يحل لكم ان

---

(١) البقرة آية ٢٢٩

تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا ان يخافا الا يقيما حدود الله فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » فانها تدل على عدم جواز اخذ الفدية من المرئة الا مع خوف عدم اقامة حدود الله سبحانه بان يظهر للزوج ما يدل على البغض والكراهة والنفرة ومقتضى ذلك عدم جواز اخذ الفدية في الطلاق بعوض كالخلع الا مع الكراهة واما مع عدمها فلا يحل شيء من ذلك ولا يقع الطلاق بائنا. وبالجملة - الاية الكريمة التي هي الاصل في تشريع الخلع الذي له احكام خاصة منها كون الطلاق بائنا و حلية الفدية - تختص بصورة الكراهة نعم لا تدل على انه في صورة عدم الكراهة اذا تحقق سبب آخر لحلية الفدية. اولكون الطلاق بائنا - لا يكون كك كما لا يخفى وايضا يدل عليه النصوص المتقدمة المشرعة لطلاق الخلع الذي له احكام خاصة فانها كما ترى متفقة الدلالة على انه في الخلع - اى ما شرع فيه حلية الفدية بدون انطباق اى عنوان اخر عليها من الهبة وما شاكل و كون الطلاق بائنا يعتبر الكراهية منها - فعلى هذا الملتزمون بالقول الاول ان كان لهم دليل على كون الطلاق بالعوض ايضا لهذه الاحكام و ان لم تكن هناك كراهية من الزوجة تلتزم به والا فلا - فلابد اذاً من ملاحظة كلماتهم.

اما الشهيد الثاني فقد استدل لما اختاره بالنصوص فانه قال في محكي المسالك في شرح قول المصنف ويقع الطلاق مع الفدية بائنا الخ اذا وقع الطلاق مع الفدية به سواء كان بلفظ الخلع و قلنا انه طلاق اواتبع به او بلفظ الطلاق و جعله بعوض فانه يقع بائنا لا رجعيا للنصوص الدالة عليه وقد تقدم بعضها الى ان قال واعلم انه مع اشتراك الخلع والطلاق بعوض في هذا الحكم يفترقان بان الخلع مختص بحال الكراهة للزوج له خاصة كما انفردت المباراة بكون الكراهة منهما واشتراط كون العوض بقدر ما وصل اليها بخلاف الطلاق بالعوض فانه لا يشترط فيه شيء من ذلك انتهى - وقال فيها ايضا في موضع آخر - النصوص انما دلت على توقف الخلع على الكراهة وظاهر حال الطلاق بعوض انه مغاير له وان شاركه في بعض الاحكام انتهى - وقريب منهما ما ذكره في مبحث المباراة منها - وما افاده في الروضة على ما حكي (وفيه) انه ان اراد

بالنصوص نصوص الباب كمايشير اليه قوله وقد تقدم بعضها فهي وان دلت على ان الطلاق بالعوض ولو لم يكن بلفظ الخلع يقع صحيحا ويحصل به البينونة ويملك الزوج الفدية الا انها كما عرفت متفقة الدلالة على اعتبار الكراهة منها ـ وبعبارة اخرى ـ انها تدل على ان الطلاق بعوض خلع وان لم يكن بلفظه كما قدمناه ـ وان اراد بها مايشعر به كلامه في المباراة وهي ادلة جواز الطلاق مطلقا فهو وان كان حسناً من حيث البناء على صحة الطلاق لكنه ح يكون رجعيا لا بائنا لما دل على كون البائن منه له موارد مخصوصة ولم يذكر منها الطلاق بعوض ـ نعم ذكر الخلع والمباراة ـ وهو ليس منهما لعدم وجود الكراهة ـ وان اراد بها غيرهما فلم يصل الينا تلك النصوص.

واما المحقق القمي فلقد اطال في المقام ـ ومحصل ما ذكره ان للطلاق بالعوض في غير مورد الخلع اقساما ستة ـ اولها الطلاق بالعوض ـ والثاني الصلح عن الطلاق بكذا ـ والثالث الهبة المعوضة بالطلاق ـ و الرابع الجعالة على ا طلاق ـ والخامس اشتراط الطلاق بعقد بيع مثلا ـ والسادس الطلاق مع شرط العوض ـ وذكر ان دليل صحة ماعدا الاول والسادس ـ عمومات الصلح والهبة والجعالة والبيع ـ وذكر في وجه كون الطلاق بائنا انه ح في قوة اشتراط عدم الرجعة به قال وان كان لولا ذلك لكان رجعيا وذكر في وجه الاول انه مقتضى قوله تعالى(۱) «اوفوا بالعقود» الشامل ولو للعقد الجديد ـ ومادل على الوفاء بالميثاق والعهد المحتمل لارادته ايضا من الوفاء بالعقود وجعل دليل الاخير دليل (۲) وجوب الوفا، بالشرط الشامل للالزام بالعوض على وجه الشرطية ولو في ضمن الايقاع.

وفي كلامه قده مواقع للنظر ـ ۱ ـ ان ما افاده من ان دليل وجوب الوفاء بالعقود يشمل الطلاق بعوض وان كان متينا جدا لما حققناه في محله من عدم اختصاصه بالعقود التي كانت متعارفة في زمن صدوره ولا بما هو المتعارف منها خاصة ولو في هذه الازمنة

---

(۱) المائدة آية ۲

(۲) الوسائل باب ۶ من ابواب الخيار كتاب التجارة

بل يشمل كل عقد ـ ومنه الطلاق بعوض ويدل ايضا على لزومه اى لزوم ايقاع الطلاق ولزوم تسليم المرئة العوض ـ ولا ينافيه الاية الكريمة والنصوص المتقدمة كما مر ـ الا انه يبقى اشكال وهو ان هذا الطلاق كساير الطلقات رجعى فما الوجه فى صيرورته بائنا فان قيل ان المعوض هو الطلاق البائن لا الطلاق الرجعى ـ قلنا ان دليل وجوب الوفاء بالعقد لا يصلح ان يكون مشرعا لما هو غير مشروع لعدم تعرضه لحال طرفى العقد ـ فان قيل انه فى قوة اشتراط عدم الرجعة ـ قلنا ان الشرط ان كان هو عدم ثبوت حق الرجعة له فهو شرط مخالف للكتاب والسنة فغير جائز ـ وان كان عدم الرجوع خارجا فهو مشروع و يصير الرجوع محرما لوجوب الوفاء بالشرط ولو الضمنى منه الا ان حرمته لا تنافى تاثيره لما حقق فى محله من ان النهى فى غير العبادات لا يدل على الفساد ـ وبالجملة حكم الشارع الاقدس بان الطلاق اذا وقع صحيحا يكون رجعيا الا فى موارد خاصة ودليل وجوب الوفاء بالعقد لا يصلح لتغيير هذا الحكم الشرعى وجعله بائنا ـ ٢ ـ ان ما ذكره من ان مقتضى عمومات الصلح والهبة والجعالة والبيع صحة الاقسام الاربعة منها ـ وان كان متينا و توجب هى تملك الزوج الفدية ـ ولكنها لا توجب صيرورة الطلاق بائنا وقد اعترف هو قده بذلك ولكن قال انه فى قوة اشتراط عدم الرجعة وانه لولا ذلك لكان رجعيا ـ ويرد عليه ما تقدم من ان الشرط ان كان هو عدم ثبوت حق الرجعة له فهو مخالف للكتاب والسنة وان كان هو عدم الرجوع خارجا فهو لا يلازم عدم تاثير الرجوع ـ فان قيل ان الرجوع حق للزوج فله اسقاطه فشرط سقوطه ليس شرطا مخالفا للكتاب والسنة ـ قلنا ـ ان ذلك غير ثابت بل الظاهر انه من قبيل الاحكام ولا يسقط باسقاطه ـ ٣ ـ ان الشرط فى ضمن الايقاع غير واجب الوفاء ـ فالمتحصل مما ذكرناه ان الطلاق بالعوض ان وقع بالصيغة الجامعة للشرائط يصح الطلاق رجعيا لا بائنا ويملك الزوج العوض باحد الطرق المتقدمة ولو رجع الزوج بعد الطلاق له ذلك وان كانت المرئة ايضاً يجوز لها الرجوع فيما بذلته كما هو مقتضى الشرط الضمنى الذى تخلفه الزوج ـ ولعله يكون ذلك قولا ثالثا فى المسألة وهو تملك الفدية والعوض ـ وكون الطلاق رجعيا فتدبر .

للمرئة الرجوع فى الفدية مادامت فى العدة

المسألة الثانية- لاخلاف بين الاصحاب ﴿و﴾ لاريب فى ان ﴿لها الرجوع فى الفدية مادامت فى العدة﴾ ويشهد به النصوص كصحيح (١) محمد بن اسماعيل قال سالت اباالحسن الرضا عليه السلام عن المرئة تبارى زوجها اوتختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك اوتكون امرأته مالم يتبعها بطلاق فقال عليه السلام تبين منه وان شائت ان يرد اليها مااخذ منها وتكون امرأته فعلت الحديث. وصحيح (٢) عبدالله بن سنان عن ابى عبدالله فى حديث ولارجعة للزوج على المختلعة ولاعلى المباراة الاان يبدو للمرئة فيرد عليها مااخذ منها. وموثق (٣) ابى العباس عنه عليه السلام المختلعة ان رجعت فى شىء من الصلح يقول لارجعن فى بضعك فلااشكال فيه- كما لااشكال ﴿و﴾ لاكلام فى انها ﴿اذا رجعت كان له الرجوع فى البضع والافلا﴾ كما يشهد به النصوص المتقدمة انما الكلام وقع فى موارد- الاول ان المحكى عن ابن حمزة والشهيد الثانى وسيد المدارك انه يعتبر فى جواز رجوعها فيما بذلت الاشتراط- اوتراضيهما والافلا يجوز لها الرجوع ونفى عنه البأس فى محكى المختلف- واستدل له بان الخلع عقد معاوضة فيعتبر فى فسخه رضاهما- ويرده ان مقتضى اطلاق النصوص المتقدمة هو جواز رجوعها مطلقا- بل هو الظاهر منها بالخصوص لاحظ قوله- وان شائت ان يرد الخ فى صحيح ابن بزيع- وقوله الاان يبدو للمرئة فى صحيح ابن سنان وقريب منهما فى غيرهما- فالاظهر ان ماهو المشهور بين الاصحاب من جواز الرجوع مطلقا هو الاظهر.

الثانى انه هل يعتبر فى صحة رجوعها فيما بذلت صحة رجوعه- فلو كان الطلاق بائناً لكون المرئة غير مدخول بها اويائسة لايجوز لها الرجوع فيه كما عن الشيخ وجماعة بل ربما نسب الى الاشهر وعن الروضة انه المشهور- ام لايعتبر فيها ذلك كما

---

(١) الوسائل باب ٣ من كتاب الخلع والمباراة حديث ٩

(٢-٣) الوسائل باب ٧ من كتاب الخلع والمباراة حديث ٣-٤

هو ظاهر غیر واحد من من اطلق جواز الرجوع کالمصنف ره فی المتن والمحقق فی الشرایع وغیرهما فی غیرهما- والظاهر هو الاول لان دلیل جواز رجوعها فیما بذلت مختص بمورد جواز رجوعه اما صحیح ابن بزیع- فلقوله وان شائت ان یرد الیهاما اخذ منها وتکون امرأته فعلت - فان المراد بقوله فتکون امرأته انها تصیر بحکم الزوجة لکونها فی العدة الرجعیة -واما موثق ابی العباس فلتعلیق قوله لارجعن فی بضعك علی رجوعها فی شیء من الصلح بل الظاهر منهما التلازم بین جواز رجوعها و جواز رجوعه - واما صحیح ابن سنان فهو وان کان لایدل علی التلازم لکن لااطلاق لجواز رجوعها کی یشمل صورة عدم جواز رجوعه - فالمتحصل من ذلك الاستدلال له بوجهین-احدهما دلالة الخبرین علی التلازم بینهما الثانی عدم دلیل علی جواز الرجوع فی غیر مالو جاز له الرجوع و مقتضی اصالة اللزوم عدم جواز الرجوع - و یؤیده اجماعهم علی عدم جواز رجوعها بعد العدة مع انه لیس فی النصوص التقیید بذلك- فانه کاشف عن فهم العلماء التلازم بین الامرین .

وهل للزوجة الرجوع فیما بذلت من دون ان یعلم الزوج بذلك الابعد العدة نظرا الی تحقق الشرط وهو جواز الرجوع له واقعا کما عن القواعد و غیرها - ام لیس لها ذلك من جهة ان الشرط علم الزوج لیکون له الرجوع ان اراد کما عن جماعة وجهان قد استدل للثانی فی الریاض بان مورد النص علمه بذلك فلا دلیل علی جواز الرجوع فی غیره والاصل یقتضی عدمه - اقول ما افاده ره ووافقه صاحب الجواهر ره یتم فی صحیح ابن سنان وموثق ابی العباس - اما الصحیح فواضح واما الموثق فلان جواب الشرط فیه الخطاب بقول لارجعن الذی لاینطبق الاعلی حال العلم - و لکنه لایتم فی صحیح محمد بن اسماعیل- اذ غایة ماقیل فی وجه اختصاصه ایضا مافی الجواهر وهو انه اعتبر فی شرطه کونها امرأة له واقرب مجازاته حال علمه الذی یکون احق ح ببضعها -وهو کما تری اذ لاحاجة الی الالتزام بالمجاز کی یلتزم باقرب المجازات. بل اما ان نقول بان الرجعیة زوجة مادامت فی العدة -فالاطلاق حقیقی- او نقول بانها

ليست بزوجة بل هي منزلة منزلتها- فكذا في المقام -وبالجملة- الاطلاق اما حقيقي اوعلى وجه الحكومة ولايقتضي شيء منهما اعتبار العلم- فمقتضى اطلاقه صحة الرجوع في الفرض- فان قيل انه يقيد اطلاقه بالخبرين الاخرين- قلنا انهما لايدلان على عدم جواز الرجوع في غير موردهما فلامفهوم لهما كي يقيد به اطلاق الخبر ومنطوقهما لاينافيانه- واما قاعدة لاضرر التي استدل بها في المقام لعدم صحة الرجوع فيردها- اولا - ان جواز رجوعها لا يكون ضرريا واقعا لجواز رجوعه ح واقعا - وثانيا - انه يمكن له ان يدفع الضرر بان يرجع اليها في آخر زمان العدة احتمالا- فان كانت راجعة فيما بذلت فعادت الى الزوجية والافيقع لغوا - فتحصل ان الاظهر هو جواز رجوعها مع جهله ايضا.

الثالث- لو رجعت المرئة في البذل وصارت العدة رجعية بعد ان كانت بائنة قبل ذلك فهل يترتب عليها احكام العدة الرجعية كوجوب النفقة والسكنى وتجديد عدة الوفاة لو مات في هذه العدة ونحو تلكم ام لا - قولان - استدل للثاني بانها ابتدأت على البينونة وسقط هذه الاحكام فعودها بعد ذلك يحتاج الى دليل والاصل يقتضي استصحاب الحكم السابق ولايلزم من جواز رجوعه على هذا الوجه كونها رجعية مطلقا لجواز ان يراد بالرجعية ما يجوز للزوج الرجوع فيها مطلقا بل عن المسالك هو الظاهر - اقول يمكن ان يستدل للاول بوجهين (الاول) ان مقتضى اطلاق قوله في صحيح ابن بزيع- وتكون امرأته- ذلك فانه ان لم نقل بعودها الى الزوجية كما في الرجعية من الاول حيث عرفت انها زوجته مالم تنقض العدة - فلا كلام في ان مقتضى اطلاق التنزيل منزلتها ترتب جميع الاحكام المترتبة على الزوجة عليها (الثاني) انه قد حكم الشارع الاقدس بترتب احكامه على العدة الرجعية اي على المرئة مادامت فيها- فمقتضى ما دل على انها تصير رجعية برجوعها في البذل ترتب تلك الاحكام وليس في ادلتها ما يوجب التقييد بالرجعية من الاول - فالقول الاول اظهر.

تزويج اخت المختلعة فى العدة

الرابع- هل يجوز للرجل ان يتزوج اخت الزوجة التى خلعها -و كذا هل يجوز ان يتزوج برابعة وهى فى العدة-ام لا- وجهان بل قولان-يشهد للاول فيهماما دل على الجواز فى العدة البائنة ومنها المقام-وفى خصوص اخت الزوجة-صحيح(١) ابى بصير عن ابى عبدالله عليه‌السلام عن رجل اختلعت منه امرأته ايحل ان يخطب اختها من قبل ان تنقضى عدة المختلعة-قال عليه‌السلام قد برأت عصمتها منه وليس له عليها رجعة واستدل للثانى - بانه عقد متزلزل فى حكم الرجعى -وبانه على تقدير تقدم ذلك ثم رجوعها يصير جامعا بين الاختين وازيد من العدد-ويرد الاول انه لا تزلزل فيه بعد كونه بائنا - وامكان صيرورة الطلاق رجعيا بعد رجوعها لا يمنع من ترتب احكام البينونة قبل الرجوع- ويرد الثانى ماسيجىء من عدم جواز الرجوع بعد التزويج ثم هل لها الرجوع فيما بذلت باعتبار كون المانع من رجوعه من قبله مع انه يتمكن منه ايضا ولو بتطليق الاخت مثلا بائنا-ام لا يجوز لها الرجوع-ام يفصل بين صورة امكان رجوعه فيجوز لها الرجوع والا فلا يجوز وجوه-اقواها الاخير على القول بعدم جواز رجوعه لاستلزامه الجمع بين الاختين وبين الخمسة لما تقدم من التلازم بين جواز رجوعه وجواز رجوعها.

﴿و﴾ الخامس ﴿لا توارث بينهما فى العدة﴾ فلو مات احد المختلعين فى العدة لم يرثه الاخر الا اذا رجعت فى البذل - لانقطاع العصمة بينهما -ولحسن (٢) حمران عن الصادق عليه‌السلام فى حديث واما الخلع والمباراة فانه يلزمها الى ان قال ولا ميراث بينهما فى العدة-ولعموم العلة (٣) فى حسنه الاخر عن الباقر عليه‌السلام المباراة

---

(١) الوسائل باب ١٢ من كتاب الخلع والمباراة حديث ١

(٢) الوسائل باب ٦ من كتاب الخلع والمباراة حديث ٤

(٣) الوسائل باب ٩ من كتاب الخلع والمباراة حديث ٣

تبين من ساعتها من غير طلاق ولا ميراث بينهما لان العصمة منها قد بانت ساعة كان ذلك منها ومن الزوج- ومقتضى اطلاق الحسن الاول وان كان عدم التوارث فى العدة حتى لو رجعت فى البذل - الا انه يتعين تقييده بمفهوم العلة وبصحيح محمد بن اسماعيل المتقدم- الدال على تنزيلها منزله الزوجة لو رجعت فى البذل- والنسبة بينهما و ان كانت عموما من وجه الا انه يقدم هذا للشهرة وغيرها - ويمكن ان يقال ان الحسن حيث انه رتب فيه عدم التوارث على كون الخلع تطليقة بائنة لا رجعة له عليها- فظاهره عدم التوارث مادام كونه كذلك فلو انقلب الى الرجعى لا يكون له هذا الحكم- فلا اشكال فى التوارث مع صيرورته رجعيا.

فى الرجوع ببعض مـابذلت

السادس- فى رجوع المرئة ببعض ما بذلت اقوال-١- عدم الجواز اختاره سيد المدارك ومال اليه جده-٢- الجواز مع عدم جواز رجوع الزوج فى الزوجية قواه صاحب الجواهر ره-٣-جواز رجوعها دونه-واستدل للاول- بان جوازه يقتضى صيرورة الطلاق رجعيا وانما يصير رجعياً اذا لم يشتمل على عوض والعوض باق فى الجملة اذلا فرق فيه بين القليل والكثير-وبصحيح ابن بزيع المتقدم لان ظاهر قوله وان شائت ان يرد اليها ما اخذ منها وتكون امرأته فعلت- اعتبار رد الجميع لانما من صيغ العموم فلا يترتب عليه الحكم بالبعض (ولكن) يرد على الاول ان العوض انما هو المجموع لا البعض الباقى وان كان صالحا لجعله عوضا ابتداء بوقوع الخلع عليه-لكن المفروض وقوع الخلع على المجموع المنتفى بانتفاء البعض فلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض-مع- انه اذا رجعت هى فى البعض يكون ذلك بحكم اسقاط البعض الباقى والابراء منه- اذ لا يجب عليها اخذه بل لها اسقاط الجميع- اضف اليه ان النصوص تدل على جواز رجوعها فى البعض فلامورد لهذا الوجه وليس الا اجتهادا فى مقابل النص لاحظ قوله فى موثق ابى العباس ان رجعت فى شىء من الصلح - يعنى البذل- يقول لارجعن- وقوله عليه‌السلام فى صحيح ابن سنان المتقدم وينبغى له ان يشترط عليها كما يشترطه صاحب المباراة

وان ارتجعت في شيء مما اعطيتني فانا املك ببضعك المعلوم منه ارادة استحباب اشتراط مقتضى الخلع فيه- واما الوجه الثاني فيدفعه انه لايدل على الحصر بل غاية مدلوله كون ما تضمنه احد الافراد- وهذا لاينافي ثبوت فرد آخر له - فالجمع بين النصوص يقتضي البناء على جواز رجوعها- وان لدح الرجوع وعلى فرض رجوعه عليه ان يرد البعض الباقي لما في ذيل صحيح ابن سنان المتقدم فيرد عليها ما اخذ منها - وبما ذكرناه ظهر ضعف ما استدل به للقول الثالث - بان البذل جائز من جهتها فلها الرجوع الى الكل والى البعض و لكن لايجوز له في الفرض الثاني الرجوع لان بقاء شيء من العوض مانع من رجوعه.

السابع- مقتضى اطلاق الاخبار انه اذا رجعت المختلعة في البذل يصير الطلاق رجعيا- وان كان الخلع بصيغته من دون ان يتبع بالطلاق - ودعوى - انه يلزم منه وقوع الطلاق بغير صيغة طالق وقد دلت النصوص على حصر مايقع به الطلاق فيها - مندفعة - بان النسبة بين هذه النصوص وبين تلك الاخبار عموم من وجه لشمول هذه لما اذا كان الخلع واقعا مع صيغة الطلاق و بدونها - وشمول تلك الاخبار للخلع وغيره- ولكن تقدم نصوص الباب للاشهرية- وبذلك يظهر ضعف ما في الجواهر من انه لولم يكن اجماعا منهم لامكن القول هنا ايضا بانه ان كانت الصيغة هنا بلفظ خلعت و رجعت في البذل فسد الخلع من اصله وعادت الامرئة امرأة له بلا رجوع منه انتهى واضعف منه تنزيل صحيح ابن بزيع عليه- لما عرفت من ان المطلقة الرجعية زوجة والصحيح- يدل على ذلك او يكون لبيان فرد تنزيلي لها بلسان الحكومة وشاهده مضافا الى ظهوره شموله لما اذا كانت الصيغة بلفظ الطلاق .

فروع

الثالثة في جملة من الفروع الظاهر حكمها مما سبق .

١ - ﴿ ولو بانت الفدية مستحقة قيل يبطل الخلع ﴾ كما قيل فيما لو خالعها على خل بزعمهما فبان خمراً - وقد عرفت تفصيل القول فيه في بحث الفدية - وبينا

ان الخلع لایصح قطعا - وح - ان کان ذلك بصیغة الطلاق او اتبع بهاوقع الطلاق رجعیا والآ بطل راسا - وما ذکرناه یجری فی المقام - کما ذکره الشهید الثانی قال فی ذیل ذلك الفرع ولو ظهر مستحقا لغیره فالحکم فیهمع العلم و الجهل کما فصل - وبالجملة - ما ذکره فیما ﴿لو کانت فدیةالمسلم خمرا﴾ قال ﴿فان اتبع بالطلاق کان رجعیا﴾ جار فی هذا الفرع .

٢ - ﴿ولو خالعها علی الف و لم یعین﴾ حتی فی القصد بطل - لما مرمن اعتبار التعیین بهذا المعنی .

٣ - ﴿ولو خالعها علی خل﴾ بزعمهما ﴿فبان خمرا صح وله بقدره خل﴾ علی المشهور و قدمر فی مبحث الفدیة ان حکم صورة الجهل - حکم صورة العلم من غیر فرق بینهما .

٤ - ﴿ولو طلق بفدیة﴾ مع الکراهة من الزوجة ﴿کان بائنا وان تجرد عن لفظ الخلع﴾ کما تقدم فی المسألة الثالثة من المقام الاول .

٥ - ﴿ولو قالت طلقنی بکذا کان الجواب علی الفورفان تاخر فلا فدیة و کان رجعیا﴾ علی المشهور - وبینا ما هو المختار عندنا فی المسالة الرابعة من المقام الاول .

٦ - لوخالعها وشرط الرجوع لم یصح الشرط - لکونهمخالفا للکتاب والسنة - الدالین علی کونه طلاقا بائنا - وهل یبطل الخلع کما عن الشهید الثانی ره ام لایبطل کما عن الحلی - وجهان مبنیان علی ان الشرط الفاسد یفسد العقد - ام لایفسد وحیث ان المختارهو الثانی کما حقق فی کتاب البیع فما افاده الحلی اظهر - و کذا یبطل الشرط لوطلق بشرط العوض لعدم لزوم الوفاء بالشرط الاما کان منه فی ضمن العقد اوما یشبهه کالخلع و الشرط فی ضمن الایقاع کالشرط الابتدائی لایجب الوفاء به هذا مع عدم الکراهة من الزوجة والافیصح خلعا ان قبلت الزوجة العوض کما مر-

٧ - قال المصنف فی المختلف علی ماحکی لوخالع المریض لم ترثه الزوجة

فى العدة و علله بانتفاء التهمة اقول وقد تقدم الكلام فى ذلك فى الفرع الرابع من المسألة الثالثة من مسائل الفصل الثانى وبينا ان الاظهر انها ترثه .

٨ ـ نقل المصنف ره عن الصدوق انه قال فى المختلعة ولاتخرج من بيتها حتى تنقضى عدتها ـ و اذا طلقها فليس لها متعة ولا نفقة ولا سكنى ـ ثم اعترضه فقال و الجمع بين الكلامين مشكل والوجه ان لها الخروج لانه طلاق بائن انتهى اقول يشهد لعدم ثبوت السكنى لها ولا النفقة ـ صحيح (١) رفاعة عن ابى عبدالله عليه السلام عن المختلعة الها سكنى و نفقة ـ قال عليه السلام لا سكنى لها ولا نفقة و نحوه غيره ـ مضافا الى ان الطلاق بائن وليس للمطلقة فى عدته نفقة ولا سكنى كما تقدم ـ واستدل لما ذهب اليه الصدوق بروايات كصحيح (٢) ابى بصير عن الصادق عليه السلام عدة المبارئة والمختلعة والمخيرة عدة المطلقة و يعتدن فى بيوت ازواجهن ـ و خبر (٣) زرارة عنه عليه السلام عن عدة المختلعة كم هى قال عليه السلام عدة المختلعة عدة المطلقة ولتعتد فى بيتها والمبارئة بمنزلة المختلعة ومثله ـ خبر (٤) داود بن سرحان عنه عليه السلام ـ وحمل المجلسى قده النصوص الاخيرة على الاستحباب قال وان كان القول بظاهرها لا يخلو عن قوة (وفيه) انها معارضة مع النصوص الاول والجمع بما افيد ليس عرفيا والعمل بظاهرها الاوجه له ـ وحملها المحدث الكاشانى ره على التقية ـ اقول اما صحيح ابى بصير فحمله على التقية فى محله لاشتماله على المخيرة ولا نقول بالتخيير ـ واما النصوص الاخر فهى تدل على انها تعتد فى بيتها لافى بيت زوجها والفرق واضح ـ مع ان شيئاً منها لا يدل على عدم جواز خروجها ولو دلت النصوص على شىء فهو ثبوت السكنى لها فتعارض ح مع النصوص المتقدمة والترجيح معها فتقدم ـ فالاظهر انه يجوز خروجها ـ

---

(١) الوسائل باب ١٣ من كتاب الخلع والمباراة حديث ١

(٢-٣-٤) الوسائل باب ١٠ من كتاب الخلع والمباراة حديث ٥ - ٤-٢

في المباراة

واما المباراة فهي في اللغة بمعنى المفارقة - وفي الاصطلاح هي طلاق بعوض مترتب على كراهية كل من الزوجين صاحبه ولها احكام مختصة بها واحكام تشارك الخلع فيها - وهي قسم من اقسام الخلع كما صرح به غير واحد ولذا ترتبوا عليها احكام الخلع - بل هومقتضى استدلالهم باية الفدية على الخلع ويشهد به ماورد في سبب نزولها مع انها في المباراة - و انما اختصت باسم خاص لترتب احكام خاصة على هذاالقسم من الخلع - و كيف كان فلابد اولا من نقل النصوص الخاصةالواردة فيهاثم بيان الاحكام المختصة بها و المشتركة بينها وبين الخلع بالمعنى الاخص.

فلاحظ - موثق(١) سماعة قال سئلته عن المباراة كيف هي فقال عليه السلام تكون للمرئة شيء على زوجها من مهراً ومن غيره و يكون قد اعطاها بعضه فيكره كل واحد منهما صاحبه فتقول المرئة لزوجها ما اخذت منك فهولي ومابقي عليك فهو لكوابارئك فيقول الرجل لها فان رجعت في شيء مماتركت فانا احق ببضعك ورواه الشيخ عنه في الموثق عن ابي عبدالله و ابي الحسن عليهما السلام - وصحيح (٢) محمد ابن مسلم عن الصادق عليه السلام عن امرأة قالت لزوجها لك كذا و كذا وخل سبيلي فقال عليه السلام هذه المباراة -وصحيح (٣) ابي بصير عنه عليه السلام المباراة تقول المرئة لزوجها لك ما عليك واتركني اوتجعل له من قبلها شيئا فيتركها الا انه يقول فان ارتجعت في شيء فانا املك ببضعك ولايحل لزوجها ان ياخذمنها الا المهر فمادونه -وموثق(٤) ابن سنان عنه عليه السلام المباراة تقول لزوجها لك ما عليك وبارئني فيتركها قلت فيقول لها ان ارتجعت في شيء فانا املك ببضعك قال عليه السلام نعم وروى الصدوق مثله في الصحيح(٥) عن الحلبي عنه عليه السلام ثم قال وروى انه لاينبغي له ان يأخذ منها اكثر

(١-٣-٤-٥)الوسائل باب ٨من كتاب الخلع والمباراة حديث ٣-٤-٥-١-٢

(٢) الوسائل باب ٤من كتاب الخلع والمباراة حديث ٣

من مهرها بل يأخذ منها دون مهرها - وخبر(١) الكناني عنه عليه السلام ان بارئت امرأة زوجها فهي واحدة وهو خاطب من الخطاب - وخبر(٢) اسماعيل الجعفي عن احدهما عليهما السلام المباراة تطليقة بائن وليس فيها رجعة - وصحيح (٣) زرارة عن الباقر عليه السلام المبارئة يؤخذ منها دون الصداق والمختلعة يؤخذ منها ماشئت الحديث - وموثق(٤) جميل عن الصادق عليه السلام المبـاراة تكون من غير ان تتبعها الطلاق - و خبر(٥) حمران عن الباقر عليه السلام المبارئة تبين من ساعتها من غير طلاق ولاميراث بينهما لان العصمة منها قد بانت ساعة كان ذلك منها ومن الزوج - وخبر(٦) زرارة ومحمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام لامباراة الاعلى طهر من غير جماع بشهود - وخبر(٧) هما الاخر عن الصادق عليه السلام المباراة تطليقة بائن وليس فيها رجعة وفي المقام روايات اخر تقدمت جملة منها في الخلع نشير اليها في ضمن المباحث الاتية - وجملة اخر منها ضعيفة السند اغمضنا عن ذكرها - و بعضها لايكون مستفادا منه حكم من الاحكام اللزومية مثل مادل (٨) على عدم لزوم كونها عندالسلطان.

﴿و﴾ تنقيح القول في المقام في ضمن مسائل - الاولى ﴿شروط المباراة كالخلع الاان الكراهية منهما﴾ اما شروط الخالع فاعتبارها في الخلع كان بمقتضى القواعد - ولان الخلع من اقسام الطلاق وهما يقتضيان اعتبارها في المبارى - واما شروط المختلعة فاعتبارها كان باعتبار ان الخلع طلاق - مضافا الى نصوص خاصة وهما يقتضيان اعتبارها في المبارئة - لان المباراة كالخلع من اقسام الطلاق و النصوص الخاصة في الخلع مشتملة على المباراة ايضا فراجعها - اضف اليها الخبر الحادي عشر - وبذلك يظهر حال

(١-٢) الوسائل باب ٩ من كتاب الخلع والمباراة حديث ١-٢

(٣) الوسائل باب ٤ من ابواب الخلع والمباراة حديث ١

(٤-٥) الوسائل باب ٩ من ابواب الخلع و المباراة حديث ٤-٣

(٦-٧) الوسائل باب ٦ من ابواب الخلع و المباراة حديث ٧-٦

(٨) الوسائل باب ١٤ من ابواب الخلع والمباراة

الشروط الاخر - كاعتبار الاشهاد - والتجريد عن الشرط وماشا كل - واما اعتبار كون الكراهية فيهامن الطرفين فهومقطوع به في كلامهم - ويشهد به الخبر الاول - ثم انه بناء على ما اخترناه في الخلع من كفاية مطلق الكراهة - الحكم في المقام واضح - واما على القول باعتبار شيء زايد عليها فيمكن ان يقال بكفاية مطلقها في المقام كما هو ظاهر الاصحاب جميعا حيث لم يتعرضوا هنا لاعتبار ذلك - وان كان من الجائز ان عدم تعرضهم لذلك من جهة انهم يرون المباراة من اقسام الخلع فلا يرون حاجة الى الاعادة لما في ذيل صحيح زرارة وهو الخبر الثامن وانما صارت المبارئة يؤخذ منها ماشاء لان المختلعة تعتدى في الكلام وتتكلم مالا يحل لها فانه يدل على عدم اعتبار التعدى في الكلام فيها .

صيغة المباراة

المسالة الثانية في صيغتها - ففي المتن ﴿وصورتها بارأتك بكذا فانت طالق﴾ اقول الكلام في اعتبار ان تكون بلفظ بارأتك - وانه لو قال فاسختك او ابنتك اوغيره من الالفاظ لم تصح - ام لا يعتبر ذلك بل يكفي كل لفظ يفيد هذا المعنى هو الكلام في الخلع فقد عرفت عدم اعتبار لفظ خاص - واما اعتبار اتباع المباراة بالطلاق وانه لا يعتد بها بدونه فهو المشهور ونصوص الباب ما بين مصرح بعدم اعتباره - كموثق جميل وخبر حمران وصدر صحيح ابن بزيع المتقدم في الخلع - وبين ظاهر في ذلك كبقية النصوص وليس في شيء منها مايدل على اعتبار الاتباع بالطلاق - وقد صارت هذه غمة على جمع من الاساطين - وقد حمل الشيخ مادل صريحا على عدم الاعتبار على التقية - ويرد عليه ما اورده الشهيد الثاني من ان المباراة لا يستعملها العامة ولا يعتبرون فيها ما يعتبره اصحابنا بل يجعلونها من جملة كنايات الخلع او الطلاق وح فكيف يتم حمل ماورد من احكامها على التقية - وقد ناقش الشهيد ره نفسه في هذا الاجماع ولم يسلمه في امثال المقام - ولكن يرده ح ان الاجماع او الشهرة العظيمة على خلاف مادل عليه النصوص الصحيحة غير المعارضة بشيء المخالف للقاعدة - حيث عرفت انها من اقسام الخلع وقالوا لا يعتبر ذلك

فيه - لايمكننا عدم الاعتناء به - كيف والفقهاء ملتزمون بعدم الافتاء الا بما ثبت لهم من الادلة الشرعية المعتبرة - وهذه الروايات بمرئ منهم ومسمع ولم يعملوا بها.

وفي الجواهر حمل نصوص الباب على ما اذا وقع المباراة بصيغة الخلع وقال ان فتوى الاصحاب انما هي فيما اذا كانت بغير صيغة الخلع - بل وقعت بالكنايات ويرد عليه اولا - ان صيغة المباراة كالخلع صريحة في الفراق بحسب المعنى الشرعي - وعدم كونها ايقاعا جديدا بل قسما من الخلع - لاينافي ذلك بعد كون هذا القسم من الخلع له احكام خاصة واسم مخصوص يشتق له من لفظه كما يشتق للخلع صيغة من لفظه مع انه قسم من اقسام الطلاق - وثانيا - انه قد تقدم في باب الخلع وقوعه بالكنايات الظاهرة فيه بحسب القرائن ايضا - وربما يقال ان صحيح (١) ابن بزيع المتقدم سئلت ابا الحسن الرضا عليه السلام عن المرئة تباري زوجها او تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك اوتكون امراته مالم يتبعها بالطلاق فقال عليه السلام تبين منه وان شائت ان يرد اليها ما اخذ منها وتكون امرأته فعلت فقلت فانه قد روى لنا انها لاتبين منه حتى يتبعها بطلاق قال عليه السلام ليس ذلك اذا خلع فقلت تبين منه قال عليه السلام نعم بناء على ماتقدم من ان الظاهر كون خلع بفتح الثلاثة ويكون اذا شرطية - يدل على اعتبار الاتباع بالطلاق فانه يفهم منه ان عدم اشتراط الاتباع بالطلاق المشار اليه بذلك مخصوص بالخلع ومفهومه ثبوته في المباراة المسؤول عنها ايضا والالما كان لتخصيص النفي بالخلع وجه اصلا - واورد عليه بان صدره ينافي ذلك للحكم فيه بالبينونة فيهما بدون الاتباع - ويمكن رده بان استفادة البينونة من الصدر بدون الاتباع بالطلاق فيهما تكون متوقفة على عدم الحاق الامام (ع) بكلامه ما يظهر منه الاختصاص بالخلع - وفي الخبر وان لم يلحق هو بنفسه الا انه يمكن ان يكون ذلك من جهة سؤال الراوي ثم بيانه عليه السلام فلا اشكال فيه - مع انه يصرح الراوي بورود رواية باعتبار الاتباع به والامام عليه السلام يقرره عليه ولكن يقول انه في غير الخلع - وليس الا المباراة وعليه

---

(١) الوسائل باب ٣ من كتاب الخلع والمباراة حديث ٩

فخبران صحيحان يدلان على اعتبار الاتباع بالطلاق فى المباراة ـ ومن الواضح ان نصوص الباب لاتصلح لان تعارضهما اما غير الصريح منها فواضح ـ واما الصريح فلارجحية الخبرين من وجوه لاتخفى فالاظهر اعتبار الاتباع بالطلاق فى المباراة ـ ثم ان الكلام فى انه هل يصح ايقاع المباراة بصيغة الطلاق بعوض هو الكلام فى الخلع ـ كما ان الكلام فى اعتبار قصد هذا العنوان وعدمه هو ماذكرناه فى الخلع فلانعيد .

المباراة تطليقة بائنة

المسألة الثالثة ـ اذا تحققت المباراة الجامعة للشرائط ـ يقع الطلاق البائن ﴿وهى﴾ اى المباراة ـ طلاق ﴿ بائن ﴾ ـ بلاخلاف ولا اشكال ﴿ مالم ترجع فى البذل فى العدة ﴾ فاذا رجعت صار الطلاق رجعيا ـ وللمرئة الرجوع متى شائت بلاخلاف يعتد به فى شىء من ذلك ـ ويشهد بكونها طلاقا بائنا مضافا الى ما تقدم فى الخلع اخبار الكنانى والجعفى وحمران وغيرها مما تقدم ـ وعلى جواز رجوعها فى البذل صحيحا ابى بصير والحلبى وموثقا سماعة وابن سنان المتقدمة ـ قيل ان المعتبر اشتراط الرجوع والافلايجوز لها الرجوع ـ ويرده صحيحا ابى بصير والحلبى والموثقان التى استندا اليها لهذا القول اذليس فيها سوى اشتراط الزوج رجوعه فى البضع لو رجعت فى البذل و هو غير اشتراطها الرجوع فى البذل بل ظاهرها جواز رجوعها مطلقا ولومع عدم اشتراطها وعدم الرضا من الزوج اصلا كما هو المشهور بين الاصحاب ـ نعم الاولى ان يشترط الزوج الرجوع فى البضع ان رجعت فى البذل للامر به فى النصوص المحمول على الاستحباب لاتفاقهم على عدم لزوم ذلك و النصوص المتقدمة شاهدة ايضاً بجواز رجوعه اذا رجعت ـ ثم ان الكلام فى انه هل يجوز لها الرجوع حتى فيما ليس للزوج الرجوع ـ وغير ذلك من فروع المسألة هو الكلام فى الخلع .

الرابعة ﴿ ولايحل له الزايد على ماعطاها ﴾ اتفاقا ـ ويشهد به صحيحا ابى

بصير وزرارة وغيرهما المتقدمة- انما الخلاف في انه هل يجوز له اخذ المهر كلا كما عن المشهور - ام لابد وان يأخذ مادون المهر كما عن الصدوقين والعماني وجهان - يشهد للاول صحيح ابى بصير - وللثاني صحيح زرارة والشهيد الثاني ره عمل بالاول قال لكون خبر زرارة مقطوعا - ويرده انه وان كان مقطوعا في التهذيب الا انه متصل في الكافي كما نقلناه -وسبطه عمل بالثاني لطعنه في الاول باشتراك ابى بصير بين الثقة وغيره - ويرده انه بقرينة كون الراوى عنه هنا عبدالله بن مسكان - يكون هو ليث المرادى الثقة الجليل - ولذا وصفه جده بالصحة كما وصفناه بها تبعا له ولغيره - فالخبران متعارضان فان امكن حمل صحيح زرارة على الاستحباب وكان ذلك جمعا عرفيا اوحمله على ارادة المهر فمادونه فهو - والا فيقدم خبر ابى بصير للشهرة - فالاظهر ان له ان ياخذ المهر كلا - فتحصل -مماذكرناه ان المباراة تشترك الخلع في الاحكام الا في ثلاثة - احدها - اعتبار الكراهة من الطرفين فيها واعتبار الكراهة منها خاصة في الخلع - ثانيها - انه ياخذ في المباراة المهر ومادونه وفي الخلع له ان ياخذ ما تراضيا عليه و ان كان اكثر من المهر - ثالثها انه يعتبر فيها اتباع صيغة المباراة بصيغة الطلاق ولا يعتبر ذلك في الخلع والله العالم.

في الظهار

﴿الفصل الخامس في الظهار﴾ قال في كتاب المصباح المنير على ماحكى ظاهر من امرأته ظهارا مثل قاتل قتالا وتظهر اذا قال لها انت على كظهر امى انما خص ذلك بالظهر لان الظهر من الدابة موضع الركوب والمرئة مركوبة وقت الغشيان فركوب الام مستعار من ركوب الدابة ثم شبه ركوب الزوجة بركوب الام الذى هو ممتنع وهو استعارة لطيفة انتهى - والمراد به هنا تشبيه المكلف من يملك نكاحها بظهر محرمة عليه ابدا بنسب اورضاع اومصاهرة ايضا .

﴿وهوحرام﴾ بلاخلاف فيه بين العلماء ويشهدبه الاية الكريمة (١) «الذين يظاهرون منكم من نسائهم ماهن امهاتهم انامهاتهم الا اللائى ولدنهم وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا وان الله لعفو غفور» لتوصيفه اياه بالمنكر والزور وكلاهما محرمان ـ وصحيح(٢) حمران او حسنه عن ابى جعفر عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام الوارد فى سبب نزول الاية ـ المتضمن لان امرئة ظاهرها زوجها فشكت الى النبى صلى الله عليه وآله وسلم الى ان قال فنزلت الاية الكريمة فارسل الى الزوجين واتى بهما ـ فقال صلى الله عليه وآله وسلم للزوج قدانزل الله تعالى فيك قرآنافقرأ عليه ماانزل فضم امرئتك اليك فانك قد قلت منكرا من القول وزورا قدعفاالله عنك وغفرلك فلاتعد فانصرف الرجل وهو نادم على ماقال لامرأته وكره الله ذلك للمؤمنين بعدفانزل الله عزوجل الذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لماقالوا يعنى ماقال الرجل الاول لامرأته انت على حرام كظهر امى قال فمن قالها بعد ماعفاالله وغفر للرجل الاول فان عليه تحرير رقبة الى ان قال فجعل الله عقوبة من ظاهر بعدالنهى هذا .

وفى الشرايع ولكن قيل لاعقاب فيه لتعقيبه بالعفو ـ وظاهره كون القائل من الفقهاء وعن المسالك ان القائل بعض المفسرين ولم يثبت عن الاصحاب ـ ثم تنظرفيه بانه لايلزم من وصفه تعالى بالعفو والغفران فعليتهما بهذا النوع من المعصية وذكره بعده لايدل عليه ولايلزم منه وقوعه بالفعل ونظائره فى القرآن كثير ـ مثل قوله تعالى (٣) «وليس عليكم جناح فيمااخطاتم به ولكن ماتعمدت قلوبكم وكان الله غفورا رحيما» معانه لم يقل احد بوجوب عفوه عن هذا الذنب المذكور وقبله الى ان قال والحق انه كغيره من الذنوب امر عقابها راجع الى مشية الله تعالى انتهى ـ وهوحسن واما الرواية فهى تدل على ان العفو انما كان لاول الفاعلين والافهوحرام موجب للكفارة بالنسبة الى

---

(١) المجادلة آية ٣

(٢) الوسائل باب ١ من كتاب الظهار حديث ٢

(٣) الاحزاب آية ٦

غيره وان كان فى حرمته بالنسبة الى الاول اشكال لانه لم يكن الحكم مجعولا حين ما ارتكبه فكيف يكون حراما اللهم الا ان يقال انه يستكشف من ذلك انه كان مجعولا قبله وان العفو بالنسبة اليه وغفرانه له كعفو الجاهل بالحكم او الموضوع - لانه كان معصية فعلية عفا الله عنها فتدبر.

وكيف كان فعلى القول بانه حرام لاعقاب عليه - هل يضر بالعدالة ام لا وجهان - استدل للثانى بانه ح يكون معصية لا يكون فاعلها مطالبا بها فلا يضر بالعدالة وفيه ان غاية ما يدل عليه ما ذكر انما هو عدم العقاب عليه - وهذا لا يلازم عدم مبغوضية الفعل ولا على عدم كونه موجبا للبعد عن الله تعالى ولا على عدم كونه موجبا للانحراف عن جادة الشرع - وعدم العدالة انما يدور مدار ذلك لا مدار العقاب فلا يكون من قبيل المقتضى المقرون بالمانع - وربما يستدل له بقوله عليه السلام فى صحيح (١) ابن ابى يعفور الوارد فى مقام تعريف العدالة وتعرف باجتناب الكبائر التى اوعد الله عليها النار فالمعصية التى لم يوعد الله عليها النار بل وعد بعدم العقاب عليها لا تضر بها (وفيه) اولا ان ذلك فى مقام بيان المعرف للعدالة والطريق اليها والا فهو فى صدره قال عليه السلام انها تعرف بالستر والعفاف الذين مقتضى اطلاقهما ترك جميع العيوب الشرعية بعدم فعلها - وثانيا انه على فرض كونه تتمة للمعرف فالجمع بين الصدر والذيل يقتضى ان يقال انه ذكر لشدة الاهتمام بالمعاصى التى اوعد الله تعالى عليها النار - او للتنبيه على التلازم الغالبى بين ترك جميع المعاصى وبين ترك ما اوعد الله عليه النار - ولتمام الكلام محل اخر - وقد تقدم فى الجزء الخامس من هذا الشرح فى مبحث صلاة الجماعة تفصيل القول فى ذلك - فالاظهر انه حرام وسبيله سبيل غيره من الذنوب التى يكون امر عقابها راجعا الى مشية الله تعالى - ويكون مضرا بالعدالة.

---

(١) الوسائل باب ٤٠ من ابواب كتاب الشهادات حديث ١

صيغة الظهار

وتنقيح القول في هذا الفصل يقتضي البحث في مقامات الاول - في الصيغة ﴿وصورته﴾ وفيه فروع (١) ذهب جماعة من القدماء و المتاخرين الى انه لافرق بين ﴿ان يقول لزوجته انت على كظهر امي أو﴾ يشبهها ﴿ب﴾ ظهر ﴿احدى المحرمات﴾ نسبا اورضاعا كالاخت والبنت ومن شاكل وفي الرياض انه الاشهر بل ربما اشعر عبارة الطوسي بالاجماع عليه منا - وعممه جماعة منهم المصنف في محكى المختلف وسيد الرياض والمدارك والمحدث البحراني الى التشبيه بالمحرمات الابدية بالمصاهرة - وعن الشيخ في الخلاف والحلي في السرائر انه مختص بالام - فلوشبهها بغيرها من المحارم لايقع - وعن ابن البراج انه يعم المحرمات النسبية المؤبد تحريمهن و يقع الظهار بالتشبيه بهن ولكن لايقع بالتشبيه بالمحرمات الرضاعية و بالمصاهرة وقواه صاحب الجواهر ره ومنشأ الخلاف اختلاف النصوص والاختلاف فيما يفهم منها .

واستدل للاولين بجملة من النصوص - كصحيح(١) زرارة عن ابي جعفر عليه‌السلام عن الظهار فقال عليه‌السلام هو من كل ذى محرم من ام او اخت اوعمة اوخالة ولايكون الظهار في يمين - وصحيح (٢) جميل بن دراج قال قلت لابي عبدالله عليه‌السلام الرجل يقول لامرأته انت على كظهر عمتي او خالتي قال عليه‌السلام هو الظهار - ومرسل(٣) يونس عن بعض رجاله عنه عليه‌السلام في حديث الظهار قال و كك اذا هو قال كبعض المحارم فقد لزمته الكفارة - ودلالة هذه النصوص على وقوع الظهار بالمحرمات النسبية واضحة واما دلالتها على الوقوع بالمحرمات الرضاعية - فقد انكرها صاحب الجواهر ره بدعوى انسباق النسبيات من المحرم والمحارم وسبقه في ذلك القاضي - ويرده انه ان اريد به الانسباق من هذه الالفاظ انفسها فهو ممنوع لان صدق ذى محرم على المحرمات النسبية و الرضاعية انما يكون بنحو التواطىء لا التشكيك فلاوجه لدعوى الانصراف

(١-٢-٣) الوسائل باب ٤ من كتاب الظهار حديث ١-٢-٤

وان اريد به ذلك في صحيح زرارة بواسطة التمثيل بالام والاخت- فيرده اولا ان ذلك خرج مخرج التمثيل لا الحصر فلا ينافي العموم - مع ان الام تصدق على الرضاعية كما تصدق على النسبية فالاظهر شمول صحيح زرارة ومرسل يونس لها - وبما ذكرناه يظهر شمولهما للمحرمات بالمصاهرة اذ لا وجه للتقييد بغيرها - والظاهر انه الى هذا نظر المصنف ره حيث استدل للعموم بالاشتراك في العلة - لا الى ان العلة بهذا الحكم تابيد الحرمة وهو مشترك بين النسب و الرضاع والمصاهرة- كي يورد عليه بان هذه العلة مستنبطة - فالمستفاد من هذه النصوص هو القول الثاني .

وبازائها صحيح(١) سيف التمار قلت لابي عبدالله عليه السلام الرجل يقول لامرأته انت علي كظهر اختي اوعمتي اوخالتي قال عليه السلام انما ذكر الله الامهات وان هذا الحرام استدل به للقول الثالث - واورد عليه الشهيد الثاني وسبطه بان الخبر يدل على نقيض ذلك فان الظاهر من قوله وان هذا الحرام - ان ما ذكر في الخبر ظهار محرم وان لم يكن ذكره الله تعالى في كتابه - واجيب عنه بان الظاهر منه ان المشار اليه بهذا المذكور في كتاب الله لا الاخت وما بعدها لانه اقرب - والانصاف ان كلا منهما محتمل وظهوره على التقدير الثاني في الحصر وان غيره ليس بحرام لا ينكر فهو مجمل لا يصلح لمعارضة ما سبق - وعلى تقدير تسليم ظهوره في الاشارة الى المذكور في الكتاب حيث يكون قابلا للحمل على ارادة حصر ما حرم في الكتاب فيه غير المنافي لحرمة غيره بالسنة فيحمل عليه جمعا بينه وبين ما سبق - فالقول الثاني هو المتعين - ثم انه استدل الشيخ في محكي المبسوط على التعميم للمحرمات بالرضاع - بعموم قوله(٢) صلى الله عليه وآله وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب واشكاله ظاهر فانه يدل على التنزيل في خصوص الحرمة لا ما يشمل انعقاد صيغة الظهار للتصريح بما فيه التنزيل و لو استدل له بعموم ما تضمن تنزيل الاخت والام ومن شا كل من الرضاعة منزلة من شاكلها من النسب كان اولى .

---

(١) الوسائل باب ٤ من كتاب الظهار حديث ٣

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع من كتاب النكاح

٢- لا يعتبر في صيغة الظهار - خصوص لفظ انت بل يكفي التلفظ بكل لفظ يعين المظاهرة- كمالوقال بدل انت هذه أوزينب أوماشا كلها من الالفاظ بلاخلاف لاطلاق النصوص ولمعلومية ارادة المثال من ماورد فيه لفظ انت مع انه لامفهوم لـه وايضاً في مرسل(١)الصدوق روى في رجل قال لامرأته هي عليه كظهر امه انه ليس عليه شيء اذالم يرد التحريم -نعم قد يقال باعتبار التلفظ بمايدل عليها فلو قال كظهر امي مضمر الاسمها لم يقع للاصل وغيره كما في الجواهر- وايضا لا يعتبر خصوص لفظ علي فلو اتى بغيره من الالفاظ كمني وعندي ولدي ومعي وقع الظهار - وكذا في لفظ ك لو بدله بمثل بلاخلاف في شيء من ذلك لاختلاف ماورد في النصوص منها الكاشف عن عدم اعتبار لفظ مخصوص- فلوقال انت كظهر امي بحذف حرف الصلة فهل يصح كما عن الاكثر -ام لا كما عن المصنف ره في التحرير وجهان اظهرهما الاول فانهاح كانت طالق .

وما في المسالك من الفرق بينهما بانه يحتمل صيغة الظهار مجردة عن الصلة كونها محرمة على غيره حرمة ظهر امه عليه بخلاف الطلاق فانه لاطلاق و هي في حبسه دون حبس غيره- يتم لوقلنا بلزوم ذكرجميع المتعلقات في الانشائيات حتى مع ظهور الكلام فيه- ولا دليل عليه- و حيث ان الظاهر من قوله انت كظهر امي بالنسبة الى الزوج نفسه فلاحاجة الى ذكر الصلة - والشهيد قده قوى ذلك بنفسه وانما ذكرماذكر في وجه ما اختاره المصنف ره.

حكم التشبيه بغير ظهر الام من ساير اجزائها

٣-هل يقع الظهار بغير لفظ الظهر كان يقول كبطن امي اويدها اورجلها اوشعرها ام لا قولان-اولهما للشيخ في الخلاف والصدوق و جماعة وادعى الشيخ عليه الاجماع ثانيهما للسيد المرتضى مدعيا عليه الاجماع وتبعه الحلي وابن زهرة وجمع من الاصحاب

(١) الوسائل باب ٣ من كتاب الظهار حديث٣

وعليه المتاخرون - يشهد للاول خبر(١) سدير عن الصادق عليه السلام قال قلت له الرجل يقول لامرأته انت علي كشعر امي او ككفها او كبطنها او كرجلها قال عليه السلام ماعنى ان اراد به الظهار فهو الظهار - واورد عليه في المسالك بانه ضعيف السند لجماعة وهم سهل بن زياد عن غياث بن ابراهيم عن محمد بن سليمان عن ابيه عن سدير - وسهل ضعيف غال - وغياث بتري - ومحمد بن سليمان ضعيف اومشترك بينه وبين الثقة وكك ابوه وحال سدير الى الضعف اقرب منها الى غيره - وتبعه سبطه - وفيه - انه وان كان ضعيف السند الا انه منجبر بعمل من عرفت - ويعضده مرسل يونس(٢) عنه عليه السلام عن رجل قال لامرأته انت علي كظهر امي او كيدها او كبطنها او كفرجها او كنفسها او ككعبها ايكون ذلك الظهار وهل يلزمه فيه مايلزم المظاهر - قال عليه السلام المظاهر اذا ظاهر من امرأته فقال هي علي كظهر امه او كيدها او كرجلها او كشعرها او كشيء منها ينوى بذلك التحريم فقال لزمه الكفارة في كل قليل منها او كثير - وكك اذا قال هو كبعض ذوات المحارم فقد لزمته الكفارة.

واستدل للثاني بان الظهار مشتق من الظهر وصدق المشتق يستدعي صدق المشتق منه - وبصحيح (٣) زرارة عن الباقر عليه السلام في كيفية الظهار يقول الرجل لامرأته وهي طاهر من غير جماع انت علي حرام مثل ظهر امي وهو يريد بذلك الظهار - وصحيح(٤) جميل المتقدم قال لابي عبدالله عليه السلام يقول لامرأته انت علي كظهر عمتي اوخالتي قال عليه السلام هو الظهار - ولكن يرد الاول انه لايصلح لمقاومة النص سيما بعد ملاحظة صوغ الصيغة في ساير العقود من غير مبدأها - وان شئت قلت ان الظهار من الايقاعات الشرعية والاصل فيه قول الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فلابد فيه من ملاحظة الادلة الدالة على مشروعيته سعة وضيقا ولا يلتفت الى نفس هذه المادة فاذا دل الدليل على التوسعة

(١-٢) الوسائل باب ٩ من كتاب الظهار حديث ٢-١ واورد ذيل مرسل يونس في ٤/٢

(٣) الوسائل باب ٢ من كتاب الظهار حديث ٢

(٤) الوسائل باب ٤ من ابواب الظهار حديث ٢

يلتزم به-واما صحيح زرارة فهو في حد نفسه وان كان ظاهرا ابدوا فيما ذكر لكنه بقرينة اشتماله على مالا يلزم ذكره اتفاقا فتوى ونصا وهو (حرام) وجواز تبديل مثل-ب-ك يحمل على عدم كونه مسوقا لبيان الحصر - بل لبيان كيفية من كيفيات الظهار - مع انه لايصلح للمقاومة مع النصوص الصريحة في خلاف ذلك-واما صحيح جميل فقوله هو الظهار ليس لبيان الحصر قطعا ولاشاهد به له -فالاظهر وقوعه بالتشبيه بكل جزء من اجزاء الام حتى الاجزاء التي لاتحلها الحياة اذا اريد به الظهار .

وهل يعم الحكم مالو شبهها بغير امه بما عدا لفظ الظهر من اليد والبطن والرأس وغيرهما-ام لا- وجهان ظاهرهم التسالم على الثاني- وعن المختلف ان بعض علمائنا قال بوقوعه و استدل للاول - بان دليل الحاق غير الام بالام مختص بالظهر - ودليل الحاق غير الظهر بالظهر مختص بالام- فلادليل على الحاق التشبيه بغير الظهر من غير الام والاصل يقتضي عدم المشروعية - ومرسل يونس وان كان ظاهرا في كون غير الام كالام في تحقق الظهار بالتشبيه بها سواء كان بالظهر اوغيره ولكن استناد الاصحاب اليه كي ينجبر ضعفه غير معلوم بل من افتائهم في المقام بعدم الوقوع هو معلوم العدم- ومعلومية كون الظهار معنى متحدا - لاتصلح مدركا للاحكام بعد عدم معلومية المناطات فما افاده المشهور اظهر .

ولو شبه امرأته بجملة المشبه بها- كما لوقال انت على كامي اومثل امي وقصد به الظهار لا التكريم والاحترام وماشابه فعن الشيخ ره اختيار الوقوع - والاكثر على العدم- اقول ان قلنا بعدم اعتبار ذكر الظهر-فالوقوع ظاهر- وذلك لدلالة ما دل على ذلك في غير الظهر عليه بالفحوى فانه يستفاد منه انه ليس لذكر الظهر خصوصية وان المناط هو تشبيه الزوجة بالام اوغيرها ممن يحرم نكاحها منشئاً به تحريم الزوجة - فالتشبيه بالجملة اولى قطعا- وان قلنا بالاختصاص بذكر الظهر فيمكن ان يقال بالوقوع ايضا للفحوى حتى يقال كما في المسالك باب الاسباب الشرعية لايقاس - بل لتضمن الجملة للظهر (وما) في المسالك من انه جاز ان يكون لتخصيصه فائدة باعثة على الحكم (يدفعه) اولا النقض بمالو ذكر جميع الاجزاء مفصلا كما لوقال انت على كظهر امي

وبطنها ورجلها ويدها وهكذا - وثانيا الحل بان الدليل دل على لزوم التشبيه في هذا الجزء الخاص وعليه فعدم الوقوع في المقام لابد و ان يكون اما لمانعية ذكر ساير الاعضاء اولاعتبار ذكر الظهر بالمطابقة ولا يكتفى بالدلالة التضمنية - وشيء منهما لادليل عليه و مقتضى اطلاق الادلة عدم المانعية و عدم اعتبار الدلالة المطابقية - فالاظهر هو الوقوع.

ولو شبه جزء من اجزاء الزوجة بجملة الام او بظهرها- فعن الشيخ و تابعيه الوقوع والاكثر على العدم- ومستند الشيخ ظهور الخبرين اى خبرى سدير ويونس في الاكتفاء بالكناية في تحقق الظهار مع القصد وهذا منها - ولاباس به-وبه يظهر حكم تشبيه جزء الزوجة بجزء الام غير الظهر ومما ذكرناه يظهر حكم جميع الصور التي ذكروها في المقام وهي- انه تارة يكون المشبه جملة الزوجة و اخرى ظهرها وثالثة ساير اجزائها- و كذا المشبه بها تارة يكون الام واخرى يكون غيرها- وعلى التقديرين تارة يكون المشبه به الظهر واخرى يكون جزء اخر غيره- وثالثة يكون الجملة- فالصور ثمانية عشر- واذا انضم الى ذلك الصور السابقة - وهي ان غير الام - قد تكون محارم النسب- وقد تكون محارم الرضاع- وقد تكون محارم المصاهرة- وان محارم النسب قد تكون الجدات وقد تكون غيرهن- تكون الصور اثنتين وسبعين- ولا يخفى حكمها اذا لاحظت ماقررناه في الموضعين.

ولو شبهها باخت الزوجة اوعمتها اوخالتها ممن تحرم في حال لا مطلقا لايقع به الظهار بلاخلاف لان حكمها حكم الاجنبية في جميع الاحكام لان تحريمها يزول بفراق زوجته وهي كجميع نساء العالم المحرمة على المتزوج اربعاً و يحل له كل واحدة ممن ليست بمحرمة بغير ذلك على وجه التخيير بفراق واحدة من الاربع - ولو قال كظهر ابي واخي اوعمي لم يقع وفي المسالك هذا الحكم محل وفاق لان الرجل ليس محلا للاستمتاع ولا في معرض الاستحلال- و كذا لو قالت هي انت على كظهر ابي اوعمي

اوماشا كل فان الظهار من احكام الرجال كالطلاق اجماعا ـ وخبر (١) السكوني شاهد به وكذا مرسل ابن فضال الاتي.

في شرائط وقوع الظهار

المقام الثاني في شرائط الظهار ووقوعه ـ وهي اقسام ـ اذ بعضها يعتبر في الصيغة و بعضها في المظاهر ـ وبعضها في المظاهرة ـ فالكلام في مسائل.

الاولى لاخلاف ﴿و﴾ لااشكال في ان ﴿ شرطه سماع شاهدي عدل ﴾ وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه ـ وفي المسالك استشكل في اعتبار العداله فيهما ويشهد لاعتبار سماع الشاهدين وحضورهما ـ حسن (٢) حمران في حديث قال ابو جعفر عليه السلام لايكون ظهار في يمين ولا في اضرار ولا في غضب ولا يكون ظهار الا في طهر من غير جماع بشهادة شاهدين مسلمين ـ و اما اعتبار عدالة الشهود فقد مر الكلام فيه مفصلا في الطلاق وبينا اعتبارها فيهم اضف اليه مرسل (٣) ابن فضال عن ابي عبدالله عليه السلام لايكون الظهار الاعلى مثل موضع الطلاق ـ فتأمل.

المسألة الثانية فيما يعتبر في المظاهر ـ لاخلاف ﴿و﴾ لااشكال في انه يعتبر ﴿ كمال المظاهر ﴾ بالبلوغ والعقل ﴿ والاختيار والقصد ﴾ وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه ويشهد به الادلة العامة المتقدمة في كتاب الطلاق ـ مضافا الى النصوص (٤) الخاصة الواردة في المقام الدالة على ان الظهار لايقع بدون القصد اليه ولعل ورود النصوص الكثيرة بذلك مع وضوحه لما عن العامة من عدم اعتبار النية فيه ـ ثم ان الخلاف المتقدم في الطلاق في صحته من المراهق لايكون في المقام و الظاهر تسالمهم على عدم صحته منه ـ ولعله من جهة ظهور ادلته كتابا و سنة في كون

---

(١) الوسائل باب ٢١ من كتاب الظهار حديث ١

(٢-٣) الوسائل باب ٢ من الظهار حديث ١-٣

(٤) الوسائل باب ٣ من ابواب الظهار حديث ١

المظاهر مكلفا ولذا وصف بالمنكر والزور ووجب عليه الكفارة.

وهل يصح ظهار الخصى والمجبوب فيه وجهان- ونخبة القول فيه انه ان بقى لهما مايمكن به الجماع المتحقق بادخال الحشفة اوقدرها من مقطوعها - فلااشكال فى صحة ظهارهما لانهما فى حكم الصحيح وان لم يمكنهما الايلاج - فان اشترطنا الدخول اولا بالمظاهرة فلايصح منهما - والا فان قلنا انه يحرم ماعدا الوطء من الاستمتاعات مثل الملامسة وغيرها صح ظهارهما لعموم ادلته الممكن تحقق فائدته بامتناع غير الوطء من الاستمتاعات -والافلايصح لعدم فائدته.

ثم انه وقع الخلاف فى اعتبار الاسلام فى المظاهر- واعتبره الشيخ ره كما عن مبسوطه والخلاف وابن الجنيد والقاضى فالتزموا بعدم صحته من الكافر - وعن المصنف ره والمحقق وغيرهما عدم اعتباره وهو المنسوب الى الاكثر و فى الحدائق والظاهر انه المشهور بين المتاخرين-يشهد للثانى عموم الاية الكريمة والنصوص-واستدل للاول بان من يصح ظهاره تصح الكفارة منه لقوله(۱) عزوجل «والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة» والكافر لا يصح منه الكفارة لانها عبادة تفتقر الى النية كساير العبادات و اذا لم يصح منه التكفير الرافع للتحريم لم يصح التحريم فى حقه -وفيه اولا- ان التلازم بين صحة الظهار وثبوت الكفارة لا بين صحة الظهار و صحة وقوع الكفارة و حيث ان الكفار مكلفون بالفروع فتكليف الكفارة ايضا متوجه اليه- وثانيا ان الكافر يصح منه الكفارة باعتبار تمكنه من الاسلام-وثالثا ان الاظهر صحة الكفارة منه لواتى بها واجدة لشرائط الصحة وتمشى منه قصد القربة ولو رجاء - فالاظهر صحته من الكافر وعدم اعتبار الاسلام فيه.

(۱) المجادلة آية ۴

مايعتبر فی المظاهرة

المسألة الثالثة فیما یعتبر فی المظاهرة ﴿و﴾ هی امور - الاول ﴿ایقاعه فی طهر لم یجامعها فیه اذا کان حاضرا ومثلها تحیض ﴾ ولو کان زوجها غائباً بحیث لایعرف حال زوجته او کان حاضرا وهی یائسة اولم تبلغ صح بلا خلاف فی شیء من ذلک وعلیه الاجماع بقسمیه - وفی المسالک هذاالشرط موضع وفاق بین علمائنا وهو مختص بهم - ویشهد به نصوص منهاماتضمن انه لایکون الظهار الاعلی موضع الطلاق کمرسل ابن فضال المتقدم وخبر (١) الفضیل بن یسار ولا یکون الظهار الاعلی موضع الطلاق ومرسل المسالک -ومنها النصوص المصرحة بذلک- کصحیح (٢) زرارة عن ابی جعفر علیه السلام وقدسئله عن کیفیته یقول الرجل لامرأته وهی طاهر من غیر جماع انت علی حرام - مثل ظهر امی و هو یرید الظهار - وحسن (٣) حمران عنه علیه السلام ولا یکون ظهار الافی طهر من غیر جماع بشهادة شاهدین مسلمین - و من الطائفة الاولی بضمیمة فتوی الاصحاب و اجماعهم یستفاد حکم الغائب وغیره علی نحو ما سمعته فی الطلاق.

الثانی یشترط ان تکون منکوحة بالعقد فلایقع بالاجنبیة ولو علقه علی النکاح بان قال انت علی مثل ظهر امی ان تزوجتک - وفی المسالک هذا عندنا موضع وفاق ویشهد به مضافا الی ان الموضوع فی الایة والنصوص الزوجة- والی مادل علی انه لایکون الظهار الاعلی موضع الطلاق وقد مر فی الطلاق بطلانه وان علق علی النکاح -صحیح (٤) عبدالله بن سنان عن الصادق علیه السلام عن رجل قال لامه کل امرأة اتزوجها فهی علی مثلک حرام قال علیه السلام لیس هذا بشیء.

---

(١) رواه المحدث البحرانی فی کتاب الظهار

(٣-٢) الوسائل باب ٢ من کتاب الظهار حدیث ٢-١

(٤) الوسائل باب ٥ من کتاب الظهار حدیث ١

وهل يشترط ﴿في﴾ وقوع الظهار دوام العقد فلا يقع الظهار بـ﴿المتمتع بها﴾ فيه خلاف المشهور بينهم هو الوقوع - وعن ظاهر جماعة منهم الصدوق والاسكافي والحلي اوصريحهم عدم الوقوع - يشهد للاول عمومات الكتاب والسنة- وللثاني مادل على انه لا يقع الظهار الاعلى مثل موضع الطلاق - وقد مر عدم وقوع الطلاق بالمتمتع بها (واحتج) للثاني في محكي المختلف بان الظهار حكم شرعي يقف على مورده ولم يثبت في نكاح المتعة حكمه مع اصالة الاباحة (ويرده) ما افاده من منع عدم الثبوت مع وجود العمومات (واحتج) له في المسالك بانتفاء لازم الظهار الذي هو الالزام باحد الامرين الفئة او الطلاق المعلوم انتفائه فيه وتنزيل هبة المدة منزلته قياس- والمرافعة المترتبة على الاخلال بالواجب من الوطء (ويرده) ما افاده من ان هذه اللوازم مشروطة بزوجة يمكن في حقها ذلك فلا يلزم من انتفائها انتفاء جميع الاحكام التي اهمها تحريم الاستمتاع من دون مرافعة فالعمدة فيه هو ما ذكرناه و به يقيد الاطلاقات والعمومات وقد تقدم البحث فيه في كتاب النكاح في مبحث المتعة فراجع.

﴿و﴾ الثالث- الدخول- فلا يقع الظهار بـ﴿غير المدخول بها﴾ ذهب اليه الشيخ والصدوق واكثر المتاخرين كما في المسالك- وعن المفيد والمرتضى والحلي وجماعة عدم اعتباره فيقع بغير المدخول بها- ويشهد للاول صحيح (١) محمد بن مسلم عن الصادقين عليهما السلام انهما قالا في المرئة التي لم يدخل بها زوجها لا يقع عليها ايلاء ولا ظهار وصحيح(٢) الفضيل بن يسار عن ابي عبدالله عليه السلام عن رجل مملك ظاهر من امرأته فقال عليه السلام لا يكون ظهار ولا ايلاء حتى يدخل بها ونحوهما غيرهما وقد مر حديث حمران لا يكون ظهار الاعلى طهر بعد جماع- واستدل للثاني مضافا الى عمومات الكتاب والسنة بالخبر المتقدم الذي وصفه سيد الرياض بالصحة- لا يكون الظهار الاعلى مثل موضع الطلاق فكما يقع الطلاق بغير المدخول بها كك يقع بها- ولكن العمومات تختص بما تقدم والخبر انما يدل على ان الظهار لا يقع الاحيث يقع الطلاق- لاعلى انه حيث يقع الطلاق يقع

(١-٢) الوسائل باب ٨ من كتاب الظهار حديث ٢-١

الظهار- مع- ان غايته الاطلاق فيقيد بما تقدم- فالاظهر اعتبار الدخول بها في صحة الظهار- نعم في الدخول المعتبر لافرق بين القبل والدبر فلو وطئها دبرا يقع الظهار لاطلاق الادلة-ولا يصغى الى دعوى انسباق الدخول في القبل من الادلة المزبورة كما مر مرارا في نظائر المقام من الاحكام المترتبة على الدخول - كما لافرق بين الدخول المحرم كالوطء في حال الحيض او في صوم رمضان أو في حال الصغر والمحلل لاطلاق الادلة-وايضا لافرق في كفاية الوطء دبرا بين كونها ممن يمكن وطئها قبلا اولا يمكن كالرتقاء والمريضة التي لاتوطء - والظاهر انه الى ذلك نظر المصنف ره في القواعد قال وعلى الاشتراط يقع مع الوطء دبرا في حال صغرها وجنونها ويقع بالرتقاء والمريضة التي لاتوطء وكذا في الشرايع.

تعليق الظهار على الشرط

﴿و﴾ في وقوع الظهار ﴿مع الشرط قولان﴾ ذهب الى الوقوع الصدوق والشيخ وابن حمزة واكثر المتاخرين- واختار عدمه المرتضى والشيخ المفيد وابن البراج وسلار وابو الصلاح وابن زهرة والحلي- اقول قد مر في كتاب النكاح والطلاق ان مقتضى القواعد صحة العقود والايقاعات المعلقة على الشرط والمراد به في المقام مالايعلم حصوله- وعلى الصفة والمراد بها ماعلم تحققه- والاول كما لوقال في المقام انت على كظهر امي ان دخلت الدار او فعلت كذا - والثاني كما لوقال انت على كظهر امي ان جاء يوم الجمعة اوانقضى الشهر اونحوهما من التعليق على الوقت وغيره المتيقن الحصول وانما نبني على البطلان في صورة التعليق على الشرط في غير المقام للاجماع و حيث انه مفقود في المقام فمقتضى القاعدة هي الصحة هنا وعليه فلاحاجة في صحته في صورة التعليق على الصفة الى تجشم دعوى الاولوية كما سيأتي - ثم انه قد تقدم في مبحث الطلاق ان الشرط المذكور في العقد اوالايقاع-تارة يعلق عليه الانشاء كالمثال المتقدم -واخرى لايعلق عليه الانشاء بل انما يذكر في العقد للالزام والالتزام نظرا الى ان الشرط الابتدائي لايجب الوفاء به - ودليل - المؤمنون عند شروطهم

الدال على وجوب الوفاء بالشرط انما هو في القسم الثاني ولا ربط له بالقسم الاول - وعليه فما في المسالك وتبعه صاحب الجواهر من الاستدلال لصحة الظهار المعلق على الشرط بعموم قوله عليه السلام (١) المؤمنون عند شروطهم في غير محله.

واما النصوص الخاصة فمنها ما يدل على صحة الظهار المعلق على الشرط كصحيح (٢) عبدالرحمان بن الحجاج عن ابي عبدالله عليه السلام الظهار ضربان احدهما فيه الكفارة قبل المواقعة والاخر بعده فالذي يكفر قبل المواقعة الذي يقول انت علي كظهر امي ولا يقول ان فعلت بك كذا و كذا و الذي يكفر بعد المواقعة الذي يقول انت علي كظهر امي ان قربتك ونحوه مضمره (٣) - وصحيح (٤) حريز عنه عليه السلام الظهار ظهاران فاحدهما ان يقول انت علي كظهر امي ثم يسكت فذلك الذي يكفر فاذا قال انت علي كظهر امي ان فعلت كذا كذا ففعل وحنث فعليه الكفارة حين يحنث - وخبر (٥) ابن الحجاج قال سمعت اباعبدالله عليه السلام يقول اذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي لزمه الظهار قال لها دخلت اولم تدخلي خرجت اولم تخرجي اولم يقل شيئاً فقد لزمه الظهار وهذه النصوص كما ترى ظاهرة في صحة الظهار المعلق على الشرط.

ومنها ما يدل على عدم الصحة كخبر (٦) القاسم بن محمد الزيات قلت لابي الحسن عليه السلام اني ظاهرت من امرأتي فقال عليه السلام كيف قلت قال قلت انت علي كظهر امي ان فعلت كذا وكذا فقال عليه السلام لي لاشيء عليك ولا تعد - وموثق (٧) ابن بكير عن رجل قال قلت لابي الحسن عليه السلام اني قلت لامرأتي انت علي كظهر امي ان خرجت من باب الحجرة فخرجت فقال عليه السلام ليس عليك شيء فقلت اني اقوى على ان اكفر فقال عليه السلام ليس عليك شيء فقلت اني اقوى على ان اكفر رقبة ورقبتين فقال ليس عليك شيء قويت اولم تقو - والاول منهما وان كان ضعيف السند لقاسم بن محمد الذي هو مهمل الا ان الثاني معتبر لكون المرسل من اصحاب الاجماع - فايراد المصنف والشهيد

---

(١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب المهور

(٢-٣-٤-٥-٦-٧) الوسائل باب ١٦ من كتاب الظهار حديث ١-٨-٧-١٢-٤-٣

الثاني وسبطه وصاحب الجواهر على الطائفة الثانية بضعف السند في غير محله- واما في الجواهر من ان الاول محتمل لارادة عدم شيء عليه قبل حضور الشرط اوعدم الشاهدين او نحو ذلك واليمين كالثاني- فيرده انه خلاف الظاهر- فالحق ان يقال ان الاول من خبري الطائفة الثانية ضعيف السند- والثاني قابل للحمل على ارادة اليمين جمعا بينه وبين الطائفة الاولى فيتعين ذلك- وان ابيت عن كونه جمعا عرفيا فاللازم طرحه وتقديم الاولى لجملة من المرجحات.

وربما يستدل للقول الثاني بمرسل ابن فضال المتقدم لايكون الظهار الاعلى موضع الطلاق- اذ الطلاق لايقع معلقا على الشرط فكذا الظهار- وفيه اولا ان الظاهر منه ارادة الشرائط المعتبرة فيه من الشاهدين وطهارتها من الحيض ما شاكل- وثانيا- انه لايقاوم ماتقدم فالقول بالصحة اظهر.

حكم مالو قيد الظهار بمدة معينة

ولو قيد الظهار بمدة معينة كيوم اوشهر كأن يقول انت علي كظهر امي اوشهرا او يوما اوسنة اوالى شهر اوالى سنة. فقد اختلف الاصحاب فيه على اقوال- ١- ماعن الشيخ في المبسوط وابن البراج والحلي وهو عدم صحته -٢- ماعن ابن الجنيد وهو الصحة مطلقا واليه مال المصنف ره في المختلف على ماحكي واستجوده في المسالك- ٣- التفصيل فان زادت المدة عن مدة التربص على تقدير المرافعة وقع والافلا- واليه مال الشهيد الثاني في المسالك وقواه المصنف في المختلف على مانقل- واستدل للاول بصحيح(١) سعيد الاعرج عن موسى بن جعفر عليه السلام في رجل ظاهر من امرأته يوما قال ليس عليه شيء ولكن عن الوافي نقل هذا الخبر هكذا- ظاهر من امرئته فوفى- ثم قال بيان اى لم يقاربها- ثم قال وفي بعض النسخ يوما مكان فوفى وانما لم يجب عليه شيء لان الظهار بمجرده لايوجب شيئا- ثم ان فاء كفر او طلق خلص وان صبر يوما على

---

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب المهور الظهار حديث ١٠

النسخة الثانية فلاشىء عليه انتهى ـ ورواه فى الوسائل ايضاً هكذا واختلاف النسخ مانع عن الاستدلال سيما وان ظاهر المحدث الكاشانى والمحدث العاملى الاعتماد على نسخة فوفى مع انه لو كانت النسخة يوما لما كان لازمه عدم الصحة مطلقا بل عدم الصحة فيما اذا نقصت المدة عن مدة التربص ـ مع انه لايجب شىء بالظهار مطلقا بل تجب الكفارة بالعود قبل انقضاء المدة فالخبر لايدل على عدم الصحة ـ واما الاستدلال له بانه لم يؤبد التحريم فاشبه ما اذا شبهها بامرأة لاتحرم عليه على التابيد ـ فيرده انه وجه اعتبارى لايصلح منشئاً للحكم.

واستدل للثانى فى المسالك بانه منكر من القول وزور ـ و بعموم الاية ـ و بالمروى(١) عن سلمة بن صخر الصحابى انه كان قد ظاهر من امرأته حتى ينسلخ رمضان ثم وطئها فى المدة فامره النبى صلى الله عليه وآله بتحرير رقبة ـ و لكن يرد على الاخير ان الخبر عامى غير مروى من طرقنا و من الغريب ان الشهيد الثانى لايعمل بجميع الاخبار المعتبرة المروية من طرق الخاصة ومع ذلك استدل بهذا الخبر فى المقام ـ ويرد الاول انه لايدل الاية على ان كل ماهو منكر وزور يقع به الظهار بل يدل على ان الظهار من مصاديق المنكر والزور والفرق بين التعبيرين واضح ـ واما عموم الاية ـ فهو وان كان سالما عما اورده عليه فى الحدائق بانصرافه الى الافراد الشايعة ولايشمل الفرض النادر فانه قدمر منا مرارا ـ ان الانصراف الناشى عن شيوع فرد و ندرة آخر لايصلح مقيدا للاطلاق ـ و كذا عما اورده فى الجواهر بان الظهار فى الجاهلية كان للحرمة ابدا ولم يشرعه الشارع بل جعله من المحرمات وانه لايفيد حرمة ولكنه يوجب الكفارة فالاطلاق ح ليس الا للظهار المزبور ـ فانه يرده اولا ان كيفية الظهار فى الجاهلية غير معلومة لنا ـ وثانيا انه ليس لسان الاية الكريمة ان الظهار الذى كان فى الجاهلية محرم وموجب للكفارة ـ بل هما رتبا فيها على مطلق الظهار ومجرد ثبوت حكم آخر لفرد من الظهار فى الجاهلية لايوجب اختصاص الحكم بذلك الفرد ـ ولكن يرده ان الظاهر من نسبة

---

(١) المستدرك باب ١ من ابواب الظهار حديث ٤ الجامع الصحيح ج ٢ ص ٥٠٤

الظهار الى الزوجة بقول مطلق كما يكون هو الظهار فى كل مكان فلو ظاهرها فى مكان خاص لايكون مشمولا للاية كذلك يكون ظاهره هو الظهار فى جميع الازمنة و يظهر ذلك بملاحظة نظائر المقام - مثلا جعل عدم وجدان الماء فى وقت الصلاة موضوعا لمشروعية التيمم يكون ظاهر الدليل عدم وجدان الماء فى جميع الازمنة المضروبة لتلك الصلاة فلايشمل الدليل مالو كان غير واجد فى الساعة الاولى من الوقت - وبالجملة ظهور الاية فى كون الموضوع هو الظهار فى تمام المدة لافى مدة معينة - لاينبغى انكاره فالقول الاول اظهر -

واستدل للثالث بعد تسليم عموم الاية بان الظهار يلزمه التربص مدة ثلاثة اشهر من حين الترافع وعدم الطلاق وهو يدل بالاقتضاء على ان مدته تزيد عن ذلك والا لانتفى اللازم الدال على انتفاء الملزوم - وفيه - مضافا الى ما مر ان المرافعة حكم من احكام الظهار وهى غير لازمة فجاز ان لاترافعه فيحتاج الى معرفة حكمه على هذا التقدير وجاز ان لايعلمها بايقاعه ويريد معرفة حكمه مع الله تعالى والحكم بتربصها تلك المدة على تقدير المرافعة محمول على ما اذا كان مؤبدا او موقتا بزيادة عنها فاذا قصرت كان حكمه تحريم العود الى ان يكفر من غير ان يتوقف على المرافعة او ان يفيدها فائدة - كذا فى المسالك.

﴿ولايقع﴾ الظهار ﴿فى اضرار﴾ كما عن النهاية والوسيلة وغيرهما بل الظاهر تسالمهم عليه وعن فخر المحققين حكاية قول بالوقوع - وفى الجواهر بل لعل ظاهر الاكثر الوقوع لعدم ذكر ذلك فى شرائطه واستشكل فى الشرايع فيه - ويشهد للاول حسن(١) حمران عن الامام الباقر عليه السلام لايكون ظهار فى يمين ولافى اضرار الحديث وبه يقيد العموم والاطلاق كتابا وسنة - ﴿و﴾ منه يظهر انه ﴿لا﴾ يقع ﴿فى يمين﴾ ايضا - والمراد بجعله يمينا جعله جزاء على فعل او ترك لقصد البعث على الفعل او

(١) الوسائل باب ٧ من كتاب الظهار حديث ٢

الزجر عن الترك - كقوله ان كلمت فلانا او تركت الصلاة فانت على كظهر امى - وهو مشارك للشرط فى الصورة والفارق بينهما القصد .

لا تجب الكفارة بمجرد الظهار

المقام الثالث فى الاحكام و فيه مسائل - الاولى - لاخلاف بين العلماء فى انه لاتجب الكفارة بمجرد الظهار بل انما تجب بالعود لقوله(١) تعالى «والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة» والاخبار الاتية انما الكلام فى المراد من العود - فالمشهور بين الاصحاب انه ارادة الوطء بل عن البيان ومجمع البيان الاتفاق عليه - وعن المرتضى وابن الجنيد ان المراد بالعود امساكها على النكاح زمانا - وقيل ان المراد به الوطء اقول يقع الكلام اولا فيما يستفاد من الاية الكريمة ثم فى النصوص .

اما الاول - فظاهر الاية هو الاول - فان الاية بقرينة لفظة ثم الظاهرة فى التراخى وبواسطة ان حقيقة تحريم المرئة عليه غير المنافى لبقائها فى عصمته - ظاهرة فى ان المراد بالعود ليس هو امساكها فى النكاح لان ابقائها كك لايكون عودا فيه ولا يتحقق التراخى على هذا الوجه - فالمراد به اما ارادة الوطء او نفسه - لكن الثانى غير مراد هنا لانه جعل الكفارة مترتبة على العود وجعلها قبل ان يتماسا فيدل على ان العود يتحقق قبل الوطء - فالاية ظاهرة فى ان المراد به ارادة الوطء - ويكون القول كناية عن الوطء و الارادة مضمرة .

واما النصوص فهى طائفتان (الاولى) مايدل على ان المراد به ارادة الوطء كصحيح(٢) الحلبى عن الامام الصادق عليه السلام عن رجل يظاهر من امرئته ثم يريد ان يتم على طلاقها قال عليه السلام ليس عليه كفارة قلت ان اراد ان يمسها قال عليه السلام لايمسها حتى يكفر - وصحيح(٣) جميل عنه عليه السلام عن الظهار متى يقع على صاحبه الكفارة قال عليه السلام

---

(١) المجادلة آية ٣

(٢-٣) الوسائل باب ١٠ من ابواب الظهار حديث ٨ - ٤.

اذا اراد ان يواقع امرأته قلت فان طلقها قبل ان يواقعها اعليه كفارة قال عليه السلام لا سقطت عنه الكفارة - وخبر(١) ابي بصير قلت لابي عبدالله متى تجب الكفارة على المظاهر قال عليه السلام اذا اراد ان يواقع قلت فان واقع قبل ان يكفر فقال عليه السلام عليه كفارة اخرى - ونحوها غيرها من الاخبار (الثانية) ماظاهره ان الموضوع هو الوطء نفسه لا ارادته - كصحيح(٢) زرارة عن ابي عبدالله قال قلت له رجل ظاهر ثم واقع قبل ان يكفر فقال لي اوليس هكذا يفعل الفقيه - ونحوه خبره(٣) الاخر عن ابي جعفر عليه السلام - ولكن الطائفة الثانية لا تصلح للمقاومة مع الاولى لانها معمول بها بين الاصحاب ولاصحية اسنادها ومخالفتها للعامة وقابلية حمل هذه الطائفة على الظهار المعلق على المواقعة فلتحمل على هذه الصورة او تطرح .

واما ما عن المرتضى وابن الجنيد فقد استدل له كما في المسالك بان العود للقول عبارة عن مخالفته يقال قال فلان قولا ثم عاد فيه وعاد له اى خالفه ونقضه وهو قريب من قولهم عاد في هبته ومقصود الظهار ومعناه وصف المرئة بالتحريم فكان بالامساك عائدا ويرده مضافا الى النصوص ماذكرناه في تقريب الاستدلال بالاية الكريمة فراجع فما افاده المشهور ﴿و﴾ في المتن من انه ﴿مع ارادة الوطء تجب الكفارة﴾ اظهر .

ثم انه وقع الكلام في انه بعد ثبوت وجوب الكفارة بارادة الوطء - هل يستقر ذلك بها وان عزم بعد ذلك على ترك وطئها او على طلاقها قبل المسيس - ام يكون استقراره مشروطا بالوطء بالفعل فلا استقرار لها بدونه ﴿بمعنى تحريم الوطء حتى يكفر﴾ المشهور بين الاصحاب هو الثاني - وعن المصنف ره في التحرير اختيار الاول يشهد للثاني ظاهر الاية الكريمة لتعليق وجوب الكفارة على العود مقيدا بكونها قبل التماس والقبلية من الامور الاضافية لا تتحقق بدون المتضائفين فما لم يحصل التماس لا يثبت الوجوب - وللنصوص المتقدم بعضها كصحيح الحلبي المصرح بعدم وجوب الكفارة

---

(١) الوسائل باب ١٥ من كتاب الظهار حديث ٦

(٢-٣) الوسائل باب ١٦ من الظهار حديث ٥-٢

بدون التماس .

واستدل للاول بان وجوب الكفارة علق على ارادة الوطء ومقتضى اطلاقه ثبوت الوجوب وان رجع عنها - وبانها وجبت عند الارادة فيستصحب - وبانها ان لم تستقر بذلك لم تكن واجبة حقيقة لان الواجب هو الذى لايجوز تركه لا الى بدل وهذه الكفارة قبل المسيس يجوز تركها مطلقا - والاولان ظهر ضعفهما مما قدمناه - واما الاخير فقد اجاب عنه فى المسالك وتبعه غيره - بتسليمه وان اطلاق الوجوب عليه مجازى والمراد به كونه شرطا فى جواز الوطء واطلاق الواجب على الشرط من حيث انه لابد منه فى صحة المشروط مستعمل كثيرا ومنه وجوب الوضوء للصلاة المندوبة (اقول) لااشكال فى حرمة الوطء قبل التماس للنصوص ففى ذيل صحيح الحلبى المتقدم قلت فان فعل فعليه شيء فقال عليه السلام اى والله انه لاثم ظالم ونحوه غيره لكن الاية الكريمة لاتدل على ذلك بل تدل على وجوب الكفارة وجوبا نفسيا مشروطا بالتماس ولامانع من كونها واجبة بالوجوب النفسى وشرطا لجواز الوطء ولايكون اطلاق الواجب عليه مجازيا - واما الاستدلال المزبور فيرده ان وجوبها مشروط بالتماس والواجب لايجوز تركه مع تحقق شرائطه - واما تركه بعدم ايجاد شرطه فهو لاينافى الوجوب بل جميع الواجبات المشروطه بالشرط الاختيارى هكذا - فالاظهر انها تجب بارادة الوطء وشرط وجوبها نفس الوطء بنحو الشرط المتاخر لا المقارن .

وبذلك يندفع اشكال آخر على المشهور وهو ان الوجوب الشرطى - لايكفى فى ملاحظة الامتثال المتوقف عليه صحة العبادة التى لاتقع من دون امر شرعى - فان وجوبها على ماحققناه نفسى لاشرطى - واما مافى المسالك من الجواب عنه بان نية وجوب الكفارة بهذا المعنى اى المعنى الشرطى لان نية كل شيء بحسبه ولو لم نعتبر نية الوجه تخلصنا عن الاشكال - فغريب اذ العبادية متوقفة على الامر او المحبوبية ولو كان الامر مقدميا او المحبوبية كذلك وهذا يتم فيما اذا كان شيء شرط الامر واجب او مستحب واما ماهو شرط لامر مباح فما المصحح لعباديته وباى عنوان ياتى به فيصير بذلك عبادة وهذا لاربط له بنية الوجه بل اساس الاشكال انما هو فى منشأ عبادية الشرط وقد انقدح

بما ذكرناه ان الاظهر هو قول ثالث في المقام وهو وجوب الكفارة نفسا وشرطا لجواز الوطء.

حكم مالو طلق المظاهر رجعيا ثم راجعها

المسألة الثانية ﴿فان طلق وراجع في العدة لم تحل حتى يكفر﴾ بلا خلاف وفي الرياض اجماعا حكاه جماعة- ويشهد به مضافا الى اطلاق الاية وماشابهها من النصوص نظرا الى ان المطلقة الرجعية زوجة اوبحكمها - صحيح بريد بن معاوية الاتي- وبه يقيد اطلاق مادل على هدم الطلاق الظهار واسقاطه الكفارة-واما مرسل(١) النميري عن الصادق عليه السلام في رجل ظاهر ثم طلق قال سقطت عنه الكفارة اذا طلق قبل ان يعاود المجامعة قيل فانه راجعها قال عليه السلام ان كان انما طلقها لاسقاط الكفارة عنه ثم راجعها فالكفارة لازمة له ابدا اذا عاود المجامعه وان كان طلقها وهو لاينوى شيئا من ذلك فلا بأس ان راجع ولا كفارة عليه- فهو وان كان اخص مما تقدم ولا تصل النوبة الى ملاحظة المرجحات كي يقال انه قاصر عن المعارضة من وجوه كما في الجواهر لكنه ضعيف السند للارسال- واعراض الاصحاب عنه-

﴿ولو خرجت﴾ من العدة ﴿او كان﴾ الطلاق ﴿ بائنا فاستانف في العدة او مات احدهما او ارتد فلا كفارة ﴾ كما هو المشهور بين الاصحاب وعن سلار وابى الصلاح ثبوت حكم لظهار ولو بالتزويج بعد عدة البائنة- يشهد لسقوط الكفارة في الموردين الاولين مضافا الى انها تصير بالطلاق- او بانقضاء العدة اجنبية والظهار كما لايقع ابتداء بالاجنبية لايقع بها استدامة فلا محالة ينهدم الظهار - والى ان الظهار اوجب حرمة الوطء بدون الكفارة المباح بالعقد الاول الذى لحقه التحريم بالظهار ولايؤثر في استباحة الوطء بالعقد الثاني.

والى النصوص المطلقة الدالة على اسقاط الطلاق الكفارة- كصحيح (٢) جميل

(١-٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب الظهار حديث ٦- ٤

عن الصادق عليه السلام فى حديث قال قلت فان طلقها قبل ان يواقعها اعليه كفارة قال عليه السلام لا سقطت عنه الكفارة - وصحيح (١) الفضلاء عنه عليه السلام المظاهر اذا طلق سقطت عنه الكفارة ونحوهما غيرهما - صحيح (٢) بريد بن معاوية قال: سألت اباجعفر عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها تطليقة فقال عليه السلام اذا طلقها تطليقة فقد بطل الظهار وهدم الطلاق الظهار قلت فله ان يراجعها قال عليه السلام نعم هى امرأته فان راجعها وجب عليه ما يجب على المظاهر من قبل ان يتماسا قلت فان تركها حتى يخلوا اجلها وتملك نفسها ثم تزوجها بعد هل يلزمه الظهار قبل ان يمسها قال عليه السلام لا قد بانت منه وملكت نفسها الحديث ونحوه خبر الكناسي - وبازائهما حسن (٣) على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها بعد ذلك بشهر اوشهرين فتزوجت ثم طلقها الذى تزوجها فراجعها الاول هل عليه الكفارة للظهار الاول قال نعم عتق رقبة اوصيام اوصدقة - وبه استدل للقول الاخر - واجاب عنه الشيخ ره بحمله على التقية - واورد عليه فى المسالك بان العامة مختلفون فى ذلك كالخاصة فلا وجه للحمل على التقيه - ولكن يمكن ان يقال انه من الجائز شيوع هذا القول بين العامة فى ذلك الوقت فافتى بما يوافق قولهم فى ذلك الوقت - واجاب عنه المصنف ره بانه محمول على فساد النكاح لانه عقب تزويجها بعد طلاقها بشهر اوشهرين فيكون قد وقع فى العدة فيكون باطلا - واستحسنه بعضهم وايده بامرين - احدهما تعقيب التزويج بالفاء المقتضية للفورية - ثانيهما قوله فراجعها الاول - ويرده ان اطلاق التزويج محمول على الصحيح - والشهر والشهران متخللان بين الظهار والطلاق لا بين الطلاق والتزويج - والفاء لا تكون مقتضية للفورية - وعلى فرض الاقتضاء يراد بها الفورية الممكنة نظير تزوج فلان فولد له - والرجوع اريد به معناه اللغوى لا الرجعة الشرعية - و كيف كان فالخبر لا يصلح للمقاومة مع ما مر من وجوه فيطرح او يحمل على التقية - اوعلى الاستحباب كما عن جماعة.

(١-٢-٣) الوسائل باب ١٠ من كتاب الظهار حديث ٥-٢-٩

واما سقوط الظهار مع موتها اومع موت احدهما فواضح - واما مع الارتداد فان كان لم يدخل بها او كان هو المرتد عن فطرة سقطت الكفارة لانه ح بحكم الطلاق البائن حتى لو قلنا بقبول توبته على وجه يصح له تزويجه بامرأته - ولو كان عن ملة او كانت المرتدة المرئة فهو بحكم الطلاق الرجعى ضرورة الرجوع الى الزوجة بالاسلام فى العدة كما هو واضح - فلاوجه لسقوط الكفارة - اللهم الا ان يقال ان المطلقة الرجعية زوجة نصا واما المرتدة او زوجة المرتد فكونها بمنزلتها حتى فى بقاء الزوجية محل نظر - و عليه - فمقتضى الادلة انقطاع الزوجية بالارتداد وان جاز الرجوع فينقطع حكم الظهار لما عرفت من انه كما لا يقع بغير الزوجة ابتداء لا يقع به استدامة - والاظهر هو ذلك :

في وجوب كفارة اخرى بالوطء قبل الكفارة

الثالثة المشهور بين المتقدمين ﴿و﴾ عليه كافة المتاخرين انه ﴿لو وطء قبل التكفير عامداً لزمه كفارتان﴾ احداهما للظهار والاخرى للمواقعة - وعن الاسكافى انه لا تجب الكفارة بالمرة الاولى اصلا وقواه الشهيد الثاني فى المسالك وتبعه على ذلك فى الجملة كاشف اللثام - والاخبار على قسمين - الاول - ما يدل على القول الاول كصحيح (١) الحلبى عن الصادق عليه السلام فى حديث قلت فان فعل فعليه شيء قال عليه السلام اى والله انه لآثم ظالم قلت عليه كفارة اخرى غير الاولى قال عليه السلام نعم يعتق ايضا رقبة - وصحيح (٢) ابى بصير قلت لابى عبدالله عليه السلام متى تجب الكفارة على المظاهر قال عليه السلام اذا اراد ان يواقع قلت فان واقع قبل ان يكفر قال فقال عليه السلام عليه كفارة اخرى - وحسن (٣) الصيقل عنه عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته فلم يف قال عليه السلام عليه الكفارة من قبل ان يتماسا قلت فانه اتاها قبل ان يكفر قال عليه السلام بئسما صنع قلت عليه شيء قال عليه السلام اساء وظلم قلت فيلزمه شيء قال عليه السلام رقبة ايضاً - الثاني - ما يدل على عدم وجوبها به كصحيح زرارة

(١-٢-٣) الوسائل باب ١٥ من كتاب الظهار حديث ٤-٦-٥

و خبره المتقدمين الدالين على عدم وجوب الكفارة الا بالوطء - وحسن(١) الحلبى عن الصادق عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرات قال عليه السلام يكفر ثلاث مرات قلت فان واقع قبل ان يكفر فقال عليه السلام يستغفر الله ويمسك حتى يكفر - و خبر (٢) زرارة عن الباقر عليه السلام ان الرجل اذا ظاهر من امرأته ثم غشيها قبل ان يكفر فانما عليه كفارة واحدة و يكف عنها حتى يكفر و نحوها النبوى (٣) الخاصى- والعامى (٤).

وقد جمع بينهما فى المسالك بحمل الاول على الاستحباب قال مع ان فى تينك الروايتين رائحة الاستحباب لانه عليه السلام لم يصرح بان عليه كفارة اخرى الا بعد مراجعات وعدول عن الجواب - ولكن الخبرين الاولين من القسم الثانى قد مر مافيهما فى مسالة ان الموجب للكفارة هل ارادة الوطء او نفسه- وحسن الحلبى لايدل على ان ما يكفر بعد المواقعة كفارة واحدة او كفارتان - غايته الاطلاق فيقيد بما سبق - والنبويان ضعيفان سندا كما مر - فيبقى خبر زرارة - والجمع بينه وبين القسم الاول بحمله على الاستحباب ليس عرفيا اذ اهل العرف يرون التهافت بين قوله فى الخبر عليه كفارة واحدة - و قوله فى تلك النصوص عليه كفارة اخرى وما شاكله - فالجمع بذلك ليس عرفيا.

وقد جمع الشيخ بينهما بحمل القسم الثانى على من فعل ذلك جاهلا بقرينة صحيح(٥) محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام الظهار لايقع الا على الحنث فاذا حنث فليس له ان يواقعها حتى يكفر فان جهل وفعل فانما عليه كفارة واحدة- ولا بأس به فانه بمنطوقه يقيد اطلاق القسم الاول وبمفهومه- اطلاق القسم الثانى- وبه يظهر وجه تخصيص المصنف وغيره لزوم الكفارتين بالعامد -ثم ان الصحيح وان اختص بالجاهل الا

(١) الوسائل باب ١٣ من كتاب الظهار حديث ٢

(٢-٣-٥) الوسائل باب ١٥ من كتاب الظهار حديث ٩-٧-٨

(٤) الجامع الصحيح ج٣ ص٥٠٣

انه يثبت في الناسي بعدم القول بالفصل- ويؤيده حديث(٢) رفع النسيان بناء على ماهو الصحيح من شموله للاحكام الوضعية.

في تكرر الكفارة بتكرر الوطء

﴿ويتكرر بكل وطء كفارة﴾ عند المشهور وفي الجواهر بل لاخلاف معتدبه اجده فيه- و عن ابن حمزة ان كفر عن الوطء الاول لزمه التكفير عن الثاني والا فلا وعن القواعد و شرحه للاصبهاني ، ان وطئه ثانيا بعد تكفيره عن السبب الاول لا يجب عليه كفارة له والا فتجب - وقد استدل للاول بان الدليل دل على ثبوت الكفارة بالوطء قبل التكفير فمع تعدد الوطء يتعدد السبب فيتعدد المسبب - وبصحيح(٣) ابي ابي بصير عن ابي عبدالله عليه السلام اذا واقع المرة الثانية قبل ان يكفر فعليه كفارة اخرى ليس في هذا اختلاف -وفي الحدائق الظاهر ان قوله ليس في هذا اختلاف من كلام احد الرواة بمعنى انه يتكرر الوطء بتكرر الكفارة فلكل وطء كفارة.

ولكن يرد الاول ماحقق في محله من اصالة التداخل في المسببات و مقتضاها ما افاده ابن حمزة كما لايخفى- واما الصحيح- فالمستفاد منه وان كان وجوب كفارة اخرى بالوطء الثاني مطلقا كفر عن الاول ام لا- لكنه مختص بالمرة الثانية -ولا يشمل ساير المرات الا ان يتم فيها بعدم القول بالفصل -وهو محل تامل - لان عدم القول بالفصل لايفيد بل المفيد القول بعدم الفصل - وهو في المقام يمكن ان يكون لاصالة عدم التداخل التي عرفت ما فيها فثبوتها في الوطء الثالث فما فوق ان لم يكفر عن الاول والثاني مشكل - واما ماذكره المصنف ره وتبعه كاشف اللثام فيشهد به مضافا الى انه لو كفر عن السبب يحل الوطء بلا كفارة -مفهوم صحيح ابي بصير-

---

(١) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس

(٢) الوسائل باب ١٥ من كتاب الظهار حديث ١

حكم العاجز عن الكفارة

الرابعة ﴿ولو عجز﴾ المظاهر عن الخصال الثلاث التي جعلت احداها كفارة في المقام كما سياتي فهل لها بدل يتوقف عليه حل الوطء - قال جماعة نعم - واختلفوا في البدل فعن الشيخ في النهاية ان للاطعام بدلا وهو صيام ثمانية عشر يوما فان عجز عنها حرم عليه وطيها الى ان يكفر - وعن الصدوقين انه مع العجز عن اطعام الستين يتصدق بما يطيق - وعن ابن حمزة انه اذا عجز عن صوم شهرين صام ثمانية عشر يوما فان عجز تصدق عن كل يوم بمدين من طعام - وعن الشيخ في قول آخر والمفيد وابن الجنيد وجماعة ان الخصال الثلاث لا بدل لها اصلا بل يحرم عليه وطؤها الى ان يؤدي الواجب منها - وفي المتن والنافع وعن الحلي والمختلف انه لو عجز عن خصال الكفارة او ما يقوم مقامها ان قلنا به ﴿اجزئه الاستغفار﴾ ويكفي في حل الوطء وللشيخ قول ثالث وهو ذلك لكن تجب الكفارة بعد القدرة - اقول الكلام في قيام غير الاستغفار مقام الخصال سيأتي انشاء الله تعالى في كتاب الكفارات - وستعرف انه لا دليل على شيء منها الا ان بما افاده الشيخ رواية ضعيفة.

واما الاستغفار فقد استدل المصنف ره في محكي المختلف وتبعه غيره على الاجتزاء بعد العجز عن الخصال الثلاث به - باصالة برائة الذمة - واباحة الوطء - وبان ايجاب الكفارة مع العجز تكليف بغير مقدور - وبموثق(١) اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام ان الظهار اذا عجز صاحبه عن الكفارة فليستغفر ربه وينوي الا يعود قبل ان يواقع ثم ليواقع وقد اجزأ ذلك عنه من الكفارة فاذا وجد السبيل الى ما يكفر به يوما من الايام فليكفر وان تصدق واطعم نفسه وعياله فانه يجزيه اذا كان محتاجا والا يجد ذلك فليستغفر ربه وينوي ان لا يعود فحسبه بذلك والله كفارة.

ولكن الاولين انقطعا بالظهار لانه اوجب حرمة الوطء وعدم حليته بدون

---

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الكفارات حديث ٤

الكفارة فالعود يحتاج الى دليل- واما الثالث فيرده اولا انه لا تكليف بالكفارة الا مشروطا بالوقاع غير الوجب ومع عدم ارادته لا تكليف بها اصلا- فلا يلزم التكليف بما لا يطاق وثانيا- انه اذا اتى زمان يجب فيه المواقعة فى نفسها لولا المانع- حيث ان الوقاع بدون الكفارة محرم ومعها ممتنع لعدم القدرة فيسقط وجوب الوقاع- وثالثا- انه مع الاغماض عن ذلك يقع التعارض بين التكليفين اى حرمة الوطء بدون الكفارة- ووجوبه وترجيح احدهما يحتاج الى دليل مفقود - مع انه يمكن ان يقال بعدم التعارض فانه ان طلق لم يخالف شيئا من التكليفين فيتعين ذلك.

واما الخبر فهو وان كان موثقا والموثق حجة فى نفسه ومافيه من التشويش والاضطراب لا يضر بالاستدلال بما هو محل الاستشهاد الذى لا اضطراب فيه - لكنه يعارضه صحيح(١) ابى بصير عن الصادق عليه السلام كل من عجز عن الكفارة التى تجب عليه من صوم او عتق او صدقة فى يمين او نذر اوقتل اوغير ذلك مما يجب على صاحبه فيه الكفارة فالاستغفار له كفارة ماخلا يمين الظهار فانه اذا لم يجد مايكفر به حرمت عليه ان يجامعها وفرق بينهما الا ان ترضى المرئة ان يكون معها ولا يجامعها- وخبر(٢) ابى الجارود قال سئل ابو الورد اباجعفر عليه السلام وانا عنده عن رجل قال لامراته انت على كظهر امى مائة مرة فقال ابوجعفر عليه السلام يطيق لكل مرة عتق نسمة قال لا قال يطيق اطعام ستين مسكينا مائة مرة قال لا قال فيطيق صيام شهرين متتابعين مائة مرة قال لا - قال عليه السلام يفرق بينهما وحيث ان الصحيح اصح سندا منه وفتوى الاكثر التى هى اول المرجحات على مضمونه كما فى الرياض - ومع ذلك فهو موافق للكتاب الدال على لزوم الكفارة قبل الوطء ان اراده - فيتعين تقديمه - فالاظهر عدم الاجتزاء بالاستغفار.

---

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الكفارات حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٣ من كتاب الظهار حديث ٥

رفع المظاهرة امرها الى الحاكم

الخامسة ان صبرت المظاهرة على ترك الزوج وطئها فلااعتراض بلاخلاف فيه ولااشكال لان الحق لهافجاز اسقاطها لها جزما وليس للزوج حملها على المرافعة لان حق الاستمتاع وان كان لهما الا ان المظاهر ادخل الضرر على نفسه فاذا اراد العود فوسيلته الى الحل الكفارة ﴿ واذا ﴾ لم تصبرو ﴿ رافعته انظره الحاكم ثلاثة اشهر من حين المرافعة ﴾ بعدما يخيره بين العود والتكفير وبين الطلاق وابى منهما ﴿ ف ﴾ ان انقضت المدة ولم يختر احدهما ﴿ يضيق عليه ﴾ في المشرب والمطعم ﴿ بعدها ﴾ بان يمنعه عمازاد على سد الرمق مثلا ﴿ حتى يكفر او يطلق ﴾ ولايجبره على الطلاق بعينه ولا يطلق عنه ولاعلى التكفير كك - بلاخلاف في شيء من ذلك وفي المسالك ظاهر الاصحاب الاتفاق على هذا الحكم - وفي الرياض بل ظاهر جماعة الاجماع عليه - وظاهرهما - ان الاجماع هو المدرك في المقام - دون الخبر الذى استدل به وهو موثق (١) ابي بصير قال سئلت اباعبدالله عليه السلام عن رجل ظاهر من امراته قال ان اتاها فعليه عتق رقبة اوصيام شهرين متتابعين او اطعام ستين مسكينا والا ترك ثلاثة اشهر فان فاء والا اوقف حتى يسئل لك حاجة في امرأتك اوتطلقها فان فاء فليس عليه شيء وهي امراته وان طلق واحدة فهو املك برجعتها .

وفي المسالك وفي طريق الرواية ضعف وفي الحكم على اطلاقه اشكال لشموله ما اذا رافعته عقيب الظهار بغير فصل بحيث لا يفوت لها من الوطء بعد مضي المدة المضروبة فان الواجب وطئها في اربعة اشهر مرة وغيره من الحوق لايفوت بالظهار الى ان قال وفي الرواية امور اخر منافية للقواعد انتهى - وتبعه في الرياض - وفيه اما من حيث السند فهو من قسم الموثق لااشكال فيه مضافا الى عمل الاصحاب - واما من حيث الدلالة فلاوجه للاشكال فيه بعد دلالة الرواية عليه وعمل الاصحاب بها في مورد الاشكال - مع انه يمكن

---

(١) الوسائل باب ١٨ من كتاب الظهار حديث ١

ان يكون المراد بالفئة الندم والتزام الكفارة ثم الوطء لاالوطء ليستشكل بانه ليس لها المطالبة به الا في كل اربعة اشهر مرة كما عن كشف اللثام- نعم - ليس في الخبر الحبس والتضييق عليه في المطعم والمشرب- وفي الرياض ولعل مستندهم في ذلك الخبران المتضمنان لذلك في المولى كما ياتي مع عدم تعقل الفرق بينه وبين المظاهر مضافا الى شهادة الاعتبار- واما اطلاق الحكم بالايقاف من دون تقييد بمرافعتها - فيقيد بالاجماع واما صحيح (١) يزيد المتضمن لاجباره على التكفير فمورده الامساك و عدم الطلاق - واطلاقه يقيد بخبر ابي بصير- كما ان ما في الخبرين السابقين من الاجبار بالطلاق انما هو في غير القادر على التكفير فيقيد اطلاق خبر ابي بصير ان لم يكن بنفسه ظاهرا في القادر بهما ثم ان صحيح يزيد كما اشرنا اليه ظاهر في الاجبار على التكفير في صورة القدرة ولكن عن النهاية والغنية والوسيلة انه لايجبر على الطلاق بعينه الا اذا قدر على التكفير.

حكم مالوظاهر من متعددة بلفظ واحد

الخامسة لو ظاهر من زوجاته المتعددة بلفظ واحد - فقال انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن بلا خلاف وفي المسالك اجماعا ثم ان فارقهن بما يرفع الظهار فلا كفارة وان عاد فتارة يعود الى بعضهن واخرى يعود الى كلهن جميعا - فالمشهور بين الاصحاب ان عليه عن كل واحدة كفارة في الصورة الثانية - وثبوت الكفارة في الصورة الاولى وخالفهم الاسكافي في الثانية والتزم بلزوم كفارة واحدة عليه - واحتمل عدم ثبوتها في الاولى - والكلام تارة مع قطع النظر عن النصوص الخاصة واخرى معها .

اما المورد الاول فحيث ان الظهار كساير عناوين العقود والايقاعات من مقولة المعنى دون اللفظ- وليس من قبيل اليمين الذي هو اسم للعبارة المخصوصة - واللفظ مبرز له و كاشف عنه فاذا تعلق باكثر من واحدة يكون الظهار متعددا و يلحق كل واحد منه حكمه وعليه فلو عاد الى بعضهن ثبت الكفارة قطعا- وبه يظهر فساد قياس المقام بما لو حلف ان لايكلم جماعة فانه لايثبت الكفارة الا بتكلم الجميع- مع -

ان بينهما فرقا آخر وهو ان الحلف تعلق بترك تكلم الجميع والحنث يحصل بنقيضه وهو تكلم الجميع دون تكلم البعض والكفارة في الظهار تعلقت بالعود وهو يحصل بالعود الى واحدة هكذا افاد بعض الاساطين - وفيه نظر فانه مع قطع النظر عما ذكرناه وتسليم ان الظهار المتعلق باكثر من واحدة واحد تكون الكفارة مترتبة على العود الى الجميع فالعمدة ماذكرناه - ثم انه مع تعدد الظهار لامحالة تتعدد الكفارة لاطلاق الادلة فح ان عاد الى بعضهن فكفر ثم عاد الى الاخرى ثبت كفارة اخرى والا فالاظهر الاكتفاء بكفارة واحدة بناء على اصالة تداخل المسببات كما بنينا عليها هذا ما يقتضيه القاعدة.

واما النصوص فهي طائفتان واردتان في الصورة الثانية - الاولى ما يدل على تعدد الكفارة كصحيح (١) حفص بن البختري عن ابي عبدالله او ابي الحسن عليهما السلام في رجل كان له عشر جوار فظاهر منهن كلهن جميعا بكلام واحد فقال عليه السلام عليه عشر كفارات - وصحيح (٢) صفوان قال سأل الحسين بن مهران ابا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل ظاهر من اربع نسوة قال عليه السلام يكفر لكل واحدة كفارة وسأله عن رجل ظاهر من امرأته وجاريته ما عليه قال عليه لكل واحدة منهما كفارة عتق رقبة اوصيام شهرين متتابعين او اطعام ستين مسكينا - وهذان الخبران يدلان على تعدد الكفارة وعدم التداخل - الثانية ما يدل على ثبوت كفارة واحدة كموثق (٣) غياث بن ابراهيم عن الصادق عليه السلام عن ابيه عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام في رجل ظاهر من اربع نسوة قال عليه كفارة واحدة.

وقد يجمع بينهما بحمل الثانية على ارادة التداخل والاولى على ارادة التعدد مع تخلل التكفير بين العود الى كل واحدة والعود الى الاخرى فتنطبقان على مقتضى القاعدة ولكنه جمع غير عرفي - وجمع الشيخ بينهما بحمل الموثق على ارادة الجنس من كفارة واحدة - وهو كما ترى - والحق انهما متعارضتان والترجيح مع الاولى لمطابقتها لفتوى جل الاصحاب واصحية اسنادها فتقدم فالاظهر تعدد الكفارة

(١-٢-٣) الوسائل باب ١٤ من كتاب الظهار حديث ١-٢-٤

ولو ظاهر من امرئة واحدة مرارا ففيه اقوال ـ ١ ـ وجب عليه بكل مرة كفارة وهو مختار الاكثر من غير فرق بين تراخى احدهما عن الاخر او تواليهما بقصد التاكيد ام لا تعدد المشبه بها كالام والاخت ام لا تخلل التكفير بينهما ام لا اختلف المجلس ام تعدد ـ ٢ ـ ماعن الشيخ وابن حمزة وهو وجوب كفارة واحدة عليه فى المتواليين مع قصد التأكيد وعن ظاهر الفخر فى الايضاح ان محل الخلاف غير صورة التاكيد وعن الشيخ فى المبسوط نفى الخلاف عن الواحدة اذا نوى التاكيد ـ٣ـ ما عن الاسكافى وهو التفصيل بين تعدد المشبه بها فتتعدد الكفارة واتحادها فتتحد وان فرق الا ان يتخلل التكفير فتتعدد ـ اقول مقتضى القاعدة هو وحدة الكفارة فى جميع الفروض لاصالة تداخل المسببات ولكن دلت النصوص الصحيحة على التعدد لاحظ ـ صحيح (١) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات او اكثر قال عليه السلام عليه مكان كل مرة كفارة ـ وصحيحه (٢) الاخر عن احدهما عليهما السلام عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات اواكثر فقال قال علي عليه السلام مكان كل مرة كفارة ـ وصحيح (٣) الحلبى عن الصادق عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرات قال عليه السلام يكفر ثلاث مرات ـ وصحيح (٤) جميل عنه عليه السلام عن رجل ظاهر من امراته خمس عشر مرة قال عليه السلام عليه خمس عشرة كفارة ـ ونحوها غيرها ومقتضى اطلاقها تعدد الكفارة فى جميع الصور ـ وبازائها خبر (٥) عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام فى رجل ظاهر من امرأته اربع مرات فى كل مجلس واحدة قال عليه كفارة واحدة ـ ولكنه لا يصلح لمعارضة ماسبق فالمتعين طرحه.

ثم انه ربما يقال انه مع نية التاكيد يصدق اتحاد الظهار لا تعدده فلا تشمل النصوص هذه الصورة ـ ولا بأس به ـ وما فى الجواهر من ان المؤكد غير المؤكد واطلاق ادلة الظهار يقتضى ترتب الكفارة على مسماه مع العود وهو متحقق فى المقصود به التاكيد ـ يرده ـ ان الظهار من مقولة المعنى كما مر واعترف قده به والتاكيد انما

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ١٣ من كتاب الظهار حديث ٤-١-٢-٣-٦

هوفى الاظهاروالابرازوالادلة انماتدل على ترتب الكفارة على مسمى الظهار لاعلى مسمى مبرزه والفرق واضح ـ فما افاده الشيخ والفخر وغيرهما من عدم تعدد الكفارة مع نية التأكيد هوالاظهر.

حكم مادون الوطء من الاستمتاعات

السادسة يحرم الوطء على المظاهر اذاعاد مالم يكفر سواء كفر بالعتق او الصيام اوالاطعام بلاخلاف وقد تقدم ذلك وعرفت دلالة النصوص عليه ـ وهل يحرم مادون الوطء كالقبلة والملامسة قبل الكفارة فيه قولان ـ ١ ـ ماعن الشيخ وجماعة وهو الحرمة ٢ ـ عدم الحرمة وذكروا ان منشأ الاختلاف اختلاف التفسير للمماسة فى الاية الشريفة فذهب الاولون الى ان المماسة اعم من الوطء لغة والاصل عدم النقل والاشتراك ـ واجيب عنه بان المماسة يكنى بها عن الوطء فى غير المقام فيحصل الظن بارادته منها هنا بل عن حاشية الكركى انها كناية مشهورة عنه و يعضده التفسير بل عن الحلى الاتفاق على ارادته منها هنا ـ اقول قد عرفت ان الاية الشريفة لاتدل الاعلى وجوب الكفارة عند العود المفسر فى النصوص بـارادة الوطء ـ وان شرط الوجوب بنحو الشرط المتاخر هو المماسة ـ ولا تدل الاية الشريفة على حرمة الوطء ـ بل دليلها النصوص الخاصة و هى مختصة بالوطء ـ مع انه على فرض دلالـة الاية على الحرمة الظاهر من المماسة بقرينة لفظ العود المفسر بـارادة الوطء هو الوطء خاصة ـ اضف اليه انه قد فسرت المماسة فى صحيح (١) حمران بالمجامعة فالاظهر جواز ما دون الوطء.

---

(١) الوسائل باب ١ من كتاب الظهار حديث ٢

حكم الوطء فى خلال الصوم

السابعة- قد مر انه يحرم الوطء على المظاهر اذا عاد مالم يكفر سواء كفر بالعتق اوالصيام اوالاطعام- انما الخلاف وقع فى انه لو وطئها فى خلال الصوم-فالاكثر على انه يجب استيناف الصوم سواء كان الوطء واقعاً فى الليل اوالنهار وسواء كان بعد ان صام شهرا ومن الثانى يوما ام لا-وعن ابن سعيد والحلى والمصنف فى جملة من كتبه والمحقق الثانى و الشهيدين و غيرهم انه لايبطل التتابع بالوطء ليلا - وصرح جماعة منهم بعدم بطلان التتابع ان وقع نهارا بعد ان صام من الثانى شيئا- وحاصله ملاحظة تتابع الشهرين المعتبر فى الكفارة وعدمه.

وقد استدل للاول بان المامور به هو صيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فاذا واقعها قبل ان يتم الصيام لم يقع المامور به على وجهه فلابد من الاستيناف - وبانه قد دلت الاخبار على لزوم كفارتين عليه اذا وطء قبل التكفير ولاريب فى صدقه فى الفرض لكون الكفارة اسما للمجموع فيلزمه ح كفارتان تامتان والاصل عدم وجوب اتمام ماتخلله مع ذلك بل ولاقال به احد - وبقاعدة الشغل للقطع بعدم سقوط التكليف عنه ولكن لم يعلم المكلف به هل هو الاتمام اوالاستيناف فيجب الاخير مقدمة للبرائة اليقينية بعد القطع بعدم وجوبهما معا عليه (ويمكن) ان يرد الاول بان الاصحاب ذكروا ان قوله تعالى من قبل ان يتماسا من شرائط وجوب الكفارة لامن قيود المامور به ولذلك بنوا على ان من اراد الوطء ثم عزم على الترك لايجب عليه الكفارة او انه يدل على حرمة المماسة قبل التكفير وعلى التقديرين لاتدل الاية وماشابهها من النصوص على اعتبار وقوع الكفارة قبل المسيس بحيث لو وقع بعده او وقع بعضه قبله وبعضه بعده لم يقع المامور به على وجهه ويعضده النصوص المتقدمة الدالة على انه لو وطء قبل التكفير يجب عليه كفارتان وعلى هذا فيسقط ماذكره صاحب الجواهر فى المقام على طوله من ان القبلية المزبورة واجبة شرطا لاتعبدا - واخبار الوطء قبل الكفارة مختصة بما اذا وقع قبل جميعها ولاتشمل

ما الووقع قبل بعضها الى آخر ما افاده في المقام - ويرد الثاني ان النصوص انما تدل على وجوب كفارة اخرى غير كفارة الظهار بالوطء قبل التكفير ولا تدل على وجوب الكفارة للظهار ايضا بحيث تكون مشرعة لها ايضا - ويرد الثالث اولا ما تقدم من دلالة الادلة على كفاية الاتمام ومعه لاتصل النوبة الى اصالة الاشتغال - وثانيا انه من موارد دوران الامر بين الاقل والاكثر ووجوب الاقل معلوم والشك انما هو في وجوب الاكثر فيجري البرائة عنه فالمورد مورد لاصالة البرائة دون قاعدة الاشتغال .

فالمتحصل - مما ذكرناه انه لا اشكال في حرمة الوطء ما لم يتم الصيام لانه وطء قبل الكفارة التي هي عبارة عن المجموع ولو وقع ذلك قبل ان يصوم من الثاني شيئا في النهار وجب الاستيناف لانتفاء التتابع المعتبر - وان وقع في الليل - او في النهار بعد ان صام من الثاني شيئا لا يجب الاستيناف بل له ان يكمل ما شرع فيه ويجتزئ به - وهل يكفي الاكمال عن كفارة الوطء قبل التكفير وبعبارة اخرى هل تجب كفارة للوطء ايضا ام لا - وجهان - اظهرها الثاني لاختصاص ما دل على وجوب الكفارة بالوطء بمن وطء قبل ان يشرع في التكفير .

الفصل السادس في الايلاء

وهو لغة الحلف وشرعا حلف الزوج الدائم على ترك وطء زوجته المدخول بها قبلا مطلقا او زيادة عن اربعة اشهر للاضرار بها - وعليه فليس له حقيقة شرعية ولا متشرعية بل معناه الشرعي من مصاديق معناه اللغوي واطلاقه عليه من باب اطلاق الكلي على فرده والاصل فيه قوله تعالى(١) «للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان فائوا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم» وقد كان ذلك طلاقا في الجاهلية كالظهار وغير الشارع الاقدس حكمه وجعل له احكاما خاصة وشرائط مخصوصة - ويترتب على ما ذكرناه انه في كل موضع لم ينعقد الايلاء لفقد شرط من شرائطه

---

(١) البقرة آية ٢٢٧و٢٢٨

- فان كان جامعا لشرائط اليمين يكون يمينا كما ذكره غير واحد بل ارسلوه ارسال المسلمات - و المناقشة فيه بانه قصدبه الايلاء و الفرض عدم انعقاده فما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد - مندفعة بان الايلاء واليمين لافرق بينهما بحسب الحقيقة وانما الايلاء فرد من افراد اليمين له احكام خاصة - ومورد مخصوص فقصد الايلاء قصد لليمين ﴿و﴾ كيف كان فتمام الكلام فيه يقتضي البحث في مقامات .

الاول في الصيغة - لااشكال في انه ﴿لا ينعقد بغير اسم الله تعالى﴾ المختص به اوالغالب فيه بلاخلاف ويشهد به طائفتان من النصوص - الاولى - مادل على اعتبار ذلك في اليمين مطلقا كصحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام لاارى للرجل ان يحلف الا بالله تعالى - وصحيح(٢) علي بن مهزيار عن ابي جعفر الثاني عليه السلام في حديث وليس لخلقه ان يقسموا الا به عز وجل - وصحيح(٣) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام وليس لخلقه ان يقسموا الا به و نحوها غيرها - الثانية مادل على اعتبار ذلك في خصوص المقام - كصحيح(٤) الحلبي عن الصادق عليه السلام في حديث والايلاء ان يقول والله لااجامعك كذا و كذا - والله لاغيضنك ثم يغاضيها ونحوه غيره - فلاتكفي النية ولا التلفظ بما يشعر بالقسم كما لو قال لاتركن وطئك بل لابد من التلفظ بالجملة القسمية .

وهل يكتفي بكل مايدل على الحلف بمسمى الاسم من موصول وصلة و نحو ذلك مما يصدق معه انه حلف بالله تعالى ام لا يكفي وجهان سياتي الكلام فيه في كتاب الايمان نعم يكفي التلفظ بكل لسان لصدق الايلاء والحلف معه ولا يعتبر فيه العربية لعدم الدليل على اعتبارها .

ثم ان متعلق الايلاء ان كان صريحا في المراد منه لغة وعرفا كايلاج الفرج في الفرج او عرفا كاللفظة المشهورة في ذلك فلاشبهة في وقوعه والجماع و الوطء من القسم الثاني - وان لم يكن صريحا فيه لالغة ولا عرفا كما لو قال لاجمع رأسي ورأسك

(١-٢-٣) الوسائل باب ٣٠ من كتاب الايمان حديث ٤-١-٣

(٤) الوسائل باب ١ من ابواب الايلاء حديث ٦

بين اومخدة (بكسر الميم وفتح الخاء سميت بذلك لانها موضع الخدعندالنوم) اوقال لاساقفتك اى لااجتمعت انااوانت تحت سقف ففى وقوع الايلاء بهمع قصده قولان-١ - ماعن الشيخ فى الخلاف والحلى والمصنف وهو عدم الوقوع ٢- ماعن الشيخ فى المبسوط والمصنف فى التحرير والتلخيص والمختلف-وهو الوقوع-واستحسنه المحقق فى الشرايع والاظهر هوالثانى لصدق الايلاء عليه فيشمله اطلاق الادلةوقدمر فى كتاب النكاح ان مقتضى القاعدة هوالاكتفاء بالكنايات فى العقود والايقاعات مطلقا - ويشهد به مضافا الى ذلك جملة من النصوص كصحيح الحلبى المتقدم - وحسن (١) بريدبن معاويةعن الصادق عليه السلام اذا آلى الرجل ان لايقرب امراته ولايمسها ولايجمع راسه ورأسها فهو فى سعة مالم تمض الاربعة اشهر الحديث. وحسن(٢) الكنانى عنه عليه السلام فى حديث الايلاء ان يقول الرجل لامرأته والله لاغيظنك ولاسوأنك ثم يهجرها ولايجامعها حتى يمضى اربعة اشهر فقد وقع الايلاء - ونحوها غيرها .

﴿و﴾ هل يعتبر فيه قصد الاضرار بالزوجة بالامتناع عن وطئها ف﴿لايقع لغير اضرار﴾ كما هو المشهور بين الاصحاب شهرةعظيمة وفى المسالك لايظهر فيه مخالف يعتدبهوعن كشف اللثام الاتفاق عليه - ام لا يعتبر ذلك فلوقصد بذلك مصلحتها بان كانت مريضة اومرضعة لصلاحها اوصلاح ولدها يقع وجهان-يشهدللاول خبر(٣) السكونى عن الصادق عليه السلام اتى رجل امير المؤمنين عليه السلام فقال يا امير المؤمنين ان امرأتى ارضعت غلاما وانى قلت والله لاقربك حتى تفطميه قال عليه السلام ليس فى الاصلاح ايلاء -وصحيح(٤) حفص بن البخترى عنه عليه السلام فى حديث فان تركها من غير مغاضبة اويمين فليس بمؤل فمن الغريب وسوسة الشهيدالثانى فى الحكم وعليه فلو حلف ان لايجامعهادبرا اوفى

---

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب الايلاء حديث ١

(٢) الوسائل باب ٩ من ابواب الايلاء حديث ٣

(٣) الوسائل باب ٤ من ابواب الايلاء حديث ١

(٤) الوسائل باب ١ من ابواب الايلاء حديث-٢

حيض او نفاس لم يكن مؤليا لانه محسن غير مضار .

وهل يعتبر تجريده عن الشرط ام لا يعتبر ذلك قولان ـ اولهما للشيخ في الخلاف و اتباعه والحلي والمصنف في احد قوليه والمحقق في الشرايع ـ ثانيهما للشيخ في المبسوط والمصنف في المختلف والشهيد الثاني في المسالك و غيرهم ـ اظهرهما الثاني لاطلاق الادلة ـ والاجماع المحكي ليس بحجة خصوصا في مثل المقام الذي يكون مدرك المجمعين معلوما و هو احد الوجوه التي ذكرناها في كتاب النكاح وغيره التي بينا فسادها ـ والاقتصار على المتيقن وهو المجرد عن الشرط لا وجه له بعد اطلاق الدليل ـ والنصوص المتضمنة لتفسيره منجزاً سيقت لبيان صيغته بالنسبة الى المحلوف به والمحلوف عليه لا لغير ذلك مما يشمل المفروض ـ فلا اشكال في الوقوع .

ما يعتبر في المؤلي والمؤلى منها

المقام الثاني في المؤلي والمؤلى منها ﴿و﴾ يعتبر في المؤلي البلوغ والعقل والاختيار والقصد فلا يقع الا ﴿من كامل مختار قاصد﴾ بلا خلاف بل الاجماع بقسميه عليه كما في الجواهر ـ للادلة العامة الدالة على اشتراطها في غيره من العقود والايقاعات المتقدمة في مبحث الطلاق وغيره ـ وهل يصح من الكافر المقر بالله تعالى للعموم ـ ام لا لامتناع صحة الكفارة منه ـ قولان تقدما مع ما يمكن ان يستدل به لهما في الظهار وعرفت ان الاظهر هي الصحة ـ والشيخ قده وافق هنا على صحتها من الذمي وان خالف في الظهار مع ان المدرك واحد.

ويصح الايلاء ﴿وان كان﴾ المؤلي ﴿عبدا او خصيا﴾ الذي يولج ولا ينزل ﴿اومجبوبا﴾ الذي بقي من آلته ما يتحقق به اسم الجماع بلا خلاف ولا اشكال للاطلاق ـ وهل يصح من المجبوب الذي لم يبق من آلته ما يتحقق به اسم الجماع كما عن المبسوط والتحرير والارشاد والتلخيص، والشرايع وهو ظاهر المتن ـ ام لا كما عن جماعة وفي المسالك وهو الاصح وجهان ـ من عموم الادلة ـ ومن ان متعلق

الايلاء وطء الزوجة و هوممتنع فى الفرض فيكون الحلف حلفا على الممتنع وقدمر اعتبار الاضرار و هولا يتحقق فى الفرض - مع انه يعتبر فى الايلاء كون المؤلى منها مدخولا بها كما سيأتي وهو مفروض العدم - والثانى اظهر كمالايخفى على من تدبر فيما ذكرناه.

﴿و﴾ اما ما يعتبر فى المؤلى منها ف﴿ لابد ان تكون المرئة منكوحة ﴾ ليشملها قوله تعالى: «الذين يؤلون من نسائهم» و هل يعتبر ان تكون منكوحة ﴿بالدائم﴾ فلايقع الايلاء بالمتمتع بها كمافى المتن وهو المشهوربين الاصحاب - ام لايعتبر فيقع بها كما عن المرتضى والقاضى وجهان.

استدل للاول بتبادر الدائمة من النساء والزوجة - وبتخصيصها فى قوله تعالى وان عزموا الطلاق بعد قوله للذين يؤلون من نسائهم الدال على قبول المؤلى منهاله وهو منتف عن المتمتع بها - وبان لازم صحته جواز مطالبتها بالوطء وهوغير مستحق للتمتع بها - وباصالة بقاء الحل فى موضع النزاع - ولكن الاول ممنوع - والثانى يدفعه ما حقق فى محله من ان رجوع الضمير الى بعض المذكور سابقاً لايقتضى تخصيصه - والثالث يرد بانه ليس لازم صحته جواز المطالبة به مطلقا بل جوازه ان كان بالدوام - والحق ان يستدل له بصحيح(۱) ابن ابى يعفور عن الصادق عليه السلام لاايلاء على الرجل من المرئة التى يتمتع بها - وبه يقيد اطلاق الكتاب والسنة وقدمر البحث فى ذلك فى كتاب النكاح فى مبحث المتعة.

ويعتبر فيها ان تكون ﴿مدخولا بها﴾ بلاخلاف لصحيح (۲) محمد بن مسلم عن الصادقين عليهما السلام فى غير المدخول بها قالا لايقع عليها ايلاء ولاظهار - وحسن (۳)

---

(۱) التهذيب ج۸ ص۸ حديث ۲۳

(۲) الوسائل باب۸ من كتاب الظهار حديث ۲

(۳) الوسائل باب۶ من ابواب الايلاء حديث ۱

ابى الصباح الكنانى عن ابى عبدالله عليه السلام لايقع الايلاء الاعلى امرأة قددخل بهازوجها ونحوهما غيرهما.

عدم وقوع الايلاء لاربعة اشهر فما دون

المقام الثالث فى احكام الايلاء وفيه مسائل- الاولى- لاخلاف ﴿و﴾ لااشكال فى انه يعتبر ﴿ان يؤلى مطلقا﴾ اومقيدا بالدوام الذى تاكيد لما اقتضاه الاطلاق ﴿او﴾ مقرونا بمدة ﴿ازيدمن اربعة اشهر﴾ واولحظة- فلايقع لاربعة اشهر فمادون ويشهدبه خبر(١) زرارةعن الباقر عليه السلام عن رجل آلى ان لايقرب امرئته ثلاثة اشهر قال فقال عليه السلام لايكون ايلاء حتى يحلف على اكثر من اربعة اشهر وليس فى سنده من يتوقف فيه سوى القاسم بن عروة وقدحسنه بعض الاجلة بل ربما قيل بوثاقته وهو مع ذلك معتضد بعمل الطائفة و قدجعله فخر المحققين مذهب الامامية ويؤيده توقف احكامه من الايقاف للفئة او الطلاق عليه - وفى المسالك و قيل والحكمة فى تقدير المهلة بهذه المدة ولم يتوجه المطالبة اذاحلف على الامتناع اربعة اشهر فما دونها ان المرئة تصبر على الزوج مدةاربعة اشهر وبعد ذلك يفنى صبرها اويشق عليها الصبر انتهى ويكفى فى الزيادة عن الاربعة ولو لحظة ولا يعتبر كون الزيادةبحيث تتاتى المطالبة فى مثلها لكن اذاقصرت عن ذلك لم تتات المطالبة لانها اذا مضت ينحل اليمين ولامطالبة بعد انحلاله.

ولوعلقه بامر مستقبل فان علم بعدم تحققه الابعد مضى اربعة اشهرصح الايلاء وترتب احكامه- وان علم بتحققه قبل ذلك لم ينعقد الايلاء - ولوشك فى ذلك ولم يعلم شيء منهما- ففى الشرايع والمسالك وغيرهما انه لايقع ولايحكم بكونه مؤليا وان اتفق مضى اربعة اشهر ولم يوجد المعلق به - واستدل له فى المسالك بانه لا يتحقق قصد المضارة فى الابتداء واحكام الايلاء منوطة به لابمجرد اتفاق الضرر بالامتناع من

---

(١) الوسائل باب ٥ من ابواب الايلاء حديث٢

الوطء - و فيه اولا - ان قصد الاضرار المعتبر ليس هو ترك الوطء اربعة اشهر بل المراد به مالو كان الحلف على ترك الوطء لا بقصد الصلاح والاصلاح للزوجة او ولدها فقصد المضارة كما يتحقق في الحلف على تركه الوطء اربعة اشهر فما فوق يتحقق في الحلف على تركه في اقل منها - وثانيا انه بناء على ماهو الحق من جريان الاستصحاب في الامور الاستقبالية يجرى اصالة عدم تحقق ذلك الامر قبل انقضاء هذه المدة فهو من حين الحلف محرز بالاستصحاب كون المدة ازيد من الاربعة اشهر - فلا اشكال في وقوع الايلاء في صورة الشك واتفاق مضى اربعة اشهر ولم يوجد المعلق عليه نعم لو اتفق وجوده قبل مضيها انكشف عدم وقوع الايلاء - وبذلك يظهر انه لو آلى ان لا يطئها قبل تحقق ما علم بوجوده قبل مضى الاربعة فاتفق تاخره عنها - يقع ايلاء لان الموضوع هو الواقع ولا دخل للاحراز فيه فتدبر فانه حقيق به .

مدة التربص

المسألة الثانية ولو وقع الايلاء فان صبرت فلا كلام وان مضت المدة فصاعدا الان الحق لها فلها اسقاطه - والا فلا حق لها قبل مضى المدة بل للزوج مهلة بعد انعقاد الايلاء لا يطالب فيها بشيء ولكن ان وطء فيها كفر وانحل الايلاء والا تربص اليها - ويشهد بجميع ما ذكر صحيح (١) بكر بن اعين وبريد بن معاوية عن ابي جعفر وابي عبدالله عليهما السلام انهما قالا اذا آلى الرجل ان لا يقرب امراته فليس لها قول ولا حق في الاربعة اشهر ولا اثم عليه في كفه عنها في الاربعة اشهر فان مضت الاربعة اشهر قبل ان يمسها فسكتت ورضيت فهو في حل وسعة فان رفعت امرها قيل له اما ان تفيء فتمسها واما ان تطلق وعزم الطلاق ان يخلى عنها فاذا حاضت وطهرت طلقها وهو احق برجعتها مالم تمض ثلاثة قروء فهذا الايلاء الذى انزل الله تعالى في كتابه وسنة رسوله ونحوه غيره بل الظاهر من النصوص والفتاوى ان المدة المزبورة حق للزوج ليس لها مرافعته وان

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب الايلاء حديث ١

كان قد ترك وطئها قبل الايلاء باربعة اشهر او اقل من ذلك .

وفى المسالك ولوفرض كونه تاركا وطئها مدة قبل الايلاء يفعل حراما بالنسبة الى ما زاد عن اربعة اشهر من حين الوطء لانه لايجوز ترك وطء الزوجة اكثر من ذلك - ولا ينحل بذلك اليمين لان الايلاء لاينحل بذلك انتهى (وفيه) ان صريح الصحيح وظاهر غيره عدم الاثم عليه فى ترك الوطء مدة التربص مطلقا - بل الغالب عدم اتصال الوطء بالايلاء فمن جعل المدة اربعة اشهر من حين الايلاء يستكشف عدم الاثم عليه فى ترك الوطء فى مدة اكثر من اربعة اشهر ولامانع من كون ذلك من احكام الايلاء المختصة به .

ولو مضت المدة ثم وطئها انحل الايلاء وثبت عليه الكفارة كما هو الاشهر بل عن الخلاف الاجماع عليه - ويشهد به خبر(١) منصور عن ابى عبدالله عليه السلام عن رجل آلى من امرئته فمرت اربعة اشهر قال عليه السلام يوقف فان عزم الطلاق بانت منه وعليها عدة المطلقة و الا كفر عن يمينه و امسكها - وقصور سنده لو كان بالشهرة منجبر مع انه ممنوع اذليس توهم الضعف الامن ناحية قاسم بن عروة وقد مر ان بعض الاجلة حسنه بل ربما قيل بوثاقته - فما عن الشيخ من عدم الكفارة عليه غير تام .

ولو مضت المدة فطلقها بانت منه وكانت التطليقة رجعية ولاشيء عليه - نعم - بانقضاء المدة لاتطلق لاتفاق الكتاب والسنه والاجماع عليه - ومافى خبر(٢) ابى بصير من ذلك محمول على مالوطلق بعد المدة والافيتعين طرحه ولولم يطئها و لم يطلقها ولم تصبر هى - فلها المرافعة «فاذارافعته انظره الحاكم الى اربعة اشهر» من حين الايلاء «فان رجع و كفر» فلا كلام «والا» بان اصر على الامتناع ثم رافعته بعد المدة «الزمه» الحاكم «الطلاق او الفئة والتكفير» بلاخلاف فى شيء من تكلم والنصوص شاهدة بها كالصحيح(٣) عن الصادقين عليهما السلام انهما قالا اذا آلى الرجل ان لايقرب امرأته فليس

---

(١) الوسائل باب ١٢ من ابواب الايلاء حديث ٣

(٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب الايلاء حديث ٤

(٣) الوسائل باب ٢ من ابواب الايلاء حديث ١

لهاقول ولاحق فی الاربعة اشهر ولاائم علیه فی کفه عنها فی الاربعة اشهر فان مضت الاربعة اشهر قبل ان یمسها فسکتت ورضیت فهو فی حل وسعة فان رفعت امرها ـ قیل له اما ان تفییء فتمسها واما ان تطلق وحسن (۱) الکنانی ابی الصباح عن الصادق علیه السلام الایلاء ان یقول الرجل لامراته والله لاغیظنك ولاسوئنك ثم یهجرها ولا یجامعها حتی تمضی اربعة اشهر فقدوقع الایلاء وینبغی للامام ان یجبره علی ان یفیء او یطلق الحدیث ونحوهما غیرهما .

ولو امتنع عن احد الامرین فهل یجبر علی الاخر تعیینا کما فی الریاض ام لا کما هو ظاهر جماعة وصریح آخرین ـ وجهان ـ من ظاهر الکتاب ، والسنة ـ ومن خصوص صحیح (۲) الحلبی عن الصادق علیه السلام فی حدیث فانه یتربص بها اربعة اشهر ثم یؤخذ بعد الاربعة اشهر فیوقف فاذا فاء وهو ان یصالح اهله فان الله غفور رحیم وان لم یف اجبر علی الطلاق ـ وان امتنع عن الامرین یحبس «ویضیق علیه فی المطعم والمشرب حتی یفعل احدهما» بلا خلاف ـ وفی روایة (۳) حماد عن ابی عبدالله علیه السلام المؤلی اذا ابی ان یطلق کان امیر المؤمنین علیه السلام یجعل له خطیرة من قصب ویحبسه فیها ویمنعه من الطعام والشراب حتی یطلق ـ بل فی جملة (۴) من النصوص انه ان امتنع یضرب عنقه .

فی انقضاء مدة التربص

ثم انه ینبغی التنبیه علی امور ـ ۱ ـ انه لو انقضت مدة التربص و هناك مانع عن الوطء ـ فان کان المانع فی الزوج فسیاتی حکمه ـ وان کان من جهتها بان کانت مریضة بحیث لا یمکن وطئها او محبوسة لا یمکنه الوصول الیها او نحو ذلك ـ لم یثبت المطالبة بالفئة فعلا اجماعا لانه معذور والحال هذه و کذا لو کانت محرمة او حائضا او نفساء

---

(۱) الوسائل باب ۹ من ابواب الایلاء حدیث ۳

(۲) الوسائل باب ۸ من ابواب الایلاء حدیث ۱

(۳-۴) الوسائل باب ۱۱ من ابواب الایلاء حدیث ۱ -۵

اوصائمة اومؤتكفة فرضا- وهل يؤمر بفئة العاجز كمافي الشرايع وحكى عن كثير امْلا كما عن الشيخ وجهان -اظهرهما الاول لانمادل على انفئة العاجز اظهار العزم على الوطء مع القدرة يشمل المقام كماسياتي - ولوتجددت اعذارها في اثناء المدة فعن الشيخ في المبسوط انه تنقطع الاستدامة عدا الحيض بمعنى عدم احتسابها من المدة فاذازال العذر ثبت على مامضى من المدة قبل العذر- واستدل له بان الحق لها والعذر من قبلها و مدة التربص حق له فلا يحتسب عليه منها مالا قدرة له على الفئة فيه - ووجه استثناء الحيض الاجماع وانه لوقطع لم تسلم مدة التربص اربعةاشهر لتكرره في كل شهر غالبا- ويرد عليه اولا انمقتضى اطلاق الادلة انمدة التربص اربعة اشهر مطلقا - فكما انه في غير صورة الايلاء لو ترك وطئها اربعة اشهر يجب عليه ذلك وان كان هناك عذر في اثناء المدة من جهتها فكك في المقام - وثانيا - ماتقدم من قيام فئة العاجز مقام الوطء من القادر وهو في حكم العاجز - فما عن الاكثر من عدم قطع الاستدامة اظهر.

٢- قال في محكي المبسوط ان مدة التربص تحتسب من حين المرافعة لامن حين الايلاء - وذهب الى ذلك الشيخان والاتباع والحلي والمصنف ره في غير المختلف والشهيد وغيرهم - وعن ابن عقيل وابن الجنيد والمصنف ره في المختلف وولده في الشرح والشهيد الثاني في المسالك وغيرهم انهامن حين الايلاء- وتردد المحقق في الشرايع في ذلك واستدل للاول بان ضرب المدة حكم شرعي باق على العدم الاصلي فيتوقف ثبوته على حكم الحاكم - وباصالة عدم التسلط على الزوج بحبس اوغيره لاجل الفئة اوالطلاق الامع تحقق سببه - وبجملة من النصوص كخبر (١) العباس بن هلال عن الرضا عليه السلام قال ذكرلنا ان اجل الايلاء اربعة اشهر بعدماياتيان السلطان- وحسن (٢) ابي بصير عن الصادق عليه السلام وان رفعته الى الامام انظره اربعة اشهر ثم يقول له بعد ذلك اما ترجع الى المناكحة واما ان تطلق فان ابى حبسه ابدا - و خبر (٣) البزنطي عن

(١-٢-٣) الوسائل باب ٨ من ابواب الايلاء حديث ٧-٦-٥

الرضا عليه السلام انه سئله صفوان وانا حاضر عنده عن الايلاء فقال انما يوقف اذا قدمه الى السلطان فيوقفه السلطان اربعة اشهر ثم يقول له اما ان تطلق و اما ان تمسك وخبر(١) ابى مريم عن الصادق عليه السلام عن رجل آلى من امرأته قال عليه السلام يوقف قبل الاربعة اشهر وبعدها .

ولكن يرد الاول ان التربص فى المدة حكم شرعى مجعول بالكتاب و السنة ولايتوقف على ضرب الحاكم - ويرد الثانى مادل على التسلط على ذلك بعد مضى اربعة اشهر - واما الاخبار - فالاول منها ضعيف السند - و الثانى غير متعرض لمبدأ المدة - و الثالث يدل على ان الايقاف يكون فى اربعة اشهر - مع ان صريح النصوص الصحيحة وفتاوى الاصحاب انه يكون بعد مضى الاربعة - والرابع ضعيف السند - لمحسن بن احمد وغيره فاذاً لادليل على كون المبدأ من حين المرافعة - وظاهر الآية الكريمة من جهة ترتب التربص على الايلاء كون المبدأ من حين الايلاء وكذا ظاهر النصوص الصحيحة لاحظ حسن بريد بن معاوية المتقدم - لايكون ايلاء الا اذا آلى الرجل ان لايقرب امرأته ولا يمسها ولايجتمع راسه رأسها فهو فى سعة مالم تمض الاربعة اشهر فاذامضت اربعة اشهر وقف فاما ان يفىء واما ان يعزم على الطلاق ونحوه حسن الحلبى وابى بصير عنه المتقدمان - فالاظهر ان المبدأ من حين الايلاء (نعم) الايقاف والاجبار وظيفة الحاكم كما دلت النصوص عليه .

٣- اذا وطء المؤلى ساهياً اومجنونا اواشتبهت بغيرها من حلائله اوماشا كل فلا اشكال فى عدم وجوب الكفارة لعدم الحنث اذالفرض عدم عمده مضافا الى عموم ادلة الرفع انما الكلام فى انحلال اليمين وبطلان حكم الايلاء فعن الشيخ ذلك وتبعه جماعة منهم المصنف ره جازما به من غير نقل خلاف وظاهر الشرايع والمسالك التامل فى الحكم - واستدل له بانه قد وجد المحلوف عليه فى الحقيقة وتحققت الاصابة - واورد عليه بان المحلوف عليه هو الترك فى حال التذكر لان الغرض من التعب والزجر

---

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب الايلاء حديث ٣

فى اليمين انما يكون عند ذكرها و ذكر المحلوف عليه حتى يكون تركه لاجل اليمين - ويمكن ان يدفع بان المحلوف عليه عدم وجود الحقيقة اصلا فتامل - ثم انه على تقدير عدم انحلال الايلاء - الاظهر عدم حصول الفئة به وبقاء المطالبة - وان سقطت منها فى تلك الاربعة ولكن يبقى لها حكم المطالبة فى اربعة اخرى لبقاء حكم الايلاء وبما ذكرناه يظهر ما فى المسالك .

طلاق المؤلى ليس بائنا

الثانية ﴿و﴾ لو اختار المؤلى الطلاق فطلق ﴿ يقع الطلاق رجعيا ﴾ ان لم يكن ما يقتضى البينونة وفاقا للاكثر كما فى الرياض وعلى المشهور كما فى المسالك بل لم يعرف المخالف بعينه وان ارسله بعض كما فى الجواهر - لوجود المقتضى وهو وقوعه بشرائط الرجعى وانتفاء المانع اذ ليس الا كونه طلاق مؤل مامور به تخييرا وهو لا يقتضى البينونة - وللنصوص - ففى حسن (١) بريد بن معاوية عن الصادق عليه السلام فاذا مضت الاربعة اشهر وقف فاما ان يفىء فيمسها واما ان يعزم على الطلاق فيخلى عنها حتى اذا حاضت وتطهرت من محيضها طلقها تطليقة قبل ان يجامعها بشهادة عدلين ثم هو احق برجعتها مالم تمض الثلاثة الاقراء - وفى خبر (٢) ابى مريم عن الباقر عليه السلام فان عزم الطلاق فهى واحدة وهو املك برجعتها - وفى صحيح (٣) جميل بن دراج عن غير منصور انه يطلق تطليقة يملك الرجعة - ونحوها غيرها وبازائها - صحيح (٤) منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام المؤلى اذا وقف فلم يفىء طلق تطليقة بائنة - ومقطوعه (٥) الاخر ان المؤلى يجبر على ان يطلق تطليقة بائنة - رواه عنه جميل بن دراج فى الصحيح - وخبره (٦) الثالث عن ابى عبدالله عليه السلام فان عزم الطلاق بانت منه - وفى المسالك ربما قيل بوقوع الطلقة بائنة والظاهر ان مستند هذا القائل غير المعلوم هذه النصوص .

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ١٠ من ابواب الايلاء حديث ١-٢-٣-٥-٣

(٦) الوسائل باب ١٢ من ابواب الايلاء حديث٣

وكيف كان فحيث ان هذه النصوص لاتصلح للمقاومة مع النصوص الاول لجهات غير خفية - فاما ان تطرح - او تحمل على من يرى الامام اجباره على البائنة بفدية او على من كانت عند الرجل على تطليقة واحدة - اوعلى مجرد الفرقة وان لم تكن قاطعة لعلاقة الزوجية - ذكر الاخير بعض الاجلة - و الثاني الشيخ قده - ويشهد للاول ان في ذيل مقطوع منصور - رواية جميل عنه انه يطلق تطليقة يملك فيها الرجعة فقال له بعض اصحابه ان هذا ينتقض فقال لا التي تشكو فتقول يجبرني ويضرني ويمنعني من الزوج يجبر على ان يطلقها تطليقة بائنة والتي تسكت ولا تشكو شيئا يطلقها تطليقة يملك فيها الرجعة فالاظهر كونه رجعيا - ثم انه ان استمر عليه فذلك والاعاد حكم الايلاء بلاخلاف.

انما الكلام في انه هل يحتسب العدة من المدة فيطالب بعد رجوعه وانقضائها باحد الامرين الفئة او الطلاق - اذ الزوجية وان اختلت بالطلاق الا انه متمكن من الوطء بالرجعة فلا يكون الطلاق عذرا كما في الشرايع والمسالك والجواهر - ام لاتحتسب منها لان الطلاق رفع النكاح واجراها الى البينونة بمعنى انها في العدة في زمان يقتضي مضيه البينونة فلا يجوز احتساب هذه المدة من مدة يقتضي مضيها المطالبة بالوطء وهو زمان التربص لتضاد الاثرين المقتضي لتضاد المؤثرين كما عن الشيخ ره ووافقه المصنف ره في محكي التحرير وزاد انه ان راجع ضربت له مدة اخرى ووقف عند انقضائها فان فاء اوطلق وفي فان راجع ضربت له اخرى ووقف بعد انقضائها وهكذا وجهان بل وجوه - الاظهر هو الاول - لان المطلقة الرجعية زوجة او بحكم الزوجة ومجرد انه ليس لها المرافعة لانها لاتستحق عليه الاستمتاع لايمنع من احتساب المدة بعد ما عرفت من ان المدة تضرب من حين الايلاء وان لم ترافعه الزوجة - وبما ذكرناه يظهر انه اذا آلى من المطلقة الرجعية صح ويحتسب زمان العدة من المدة - كما ظهر انه لو آلى و ارتد بالردة عن غير فطرة يحتسب عليه مدة الردة لانه و ان كان المنع عن الوطء بسبب الارتداد الا انه متمكن من الوطء بالقدرة على سببه وهو الاسلام فما عن الشيخ ره من عدم احتساب مدة الردة - ضعيف.

الثالثة ﴿ ولو آلى مدة فدافع حتى خرجت ﴾ سقط حكم الايلاء و لو وطئها ﴿ فلا كفارة ﴾ عليه لانها تجب مع الحنث فى اليمين ولا تتحقق الا مع الوطء فى المدة المعينة فاذا انقضت سقط حكم اليمين سواء رافعته والزمه الحاكم باحد الامرين ام لا وان اثم بالمدافعة على تقدير المرافعة ﴿ و ﴾ ثبت ﴿ عليه الكفارة لو وطء قبله ﴾ اى قبل انقضاء المدة كما مر.

الرابعة ﴿ ولو ادعى ﴾ المؤلى الفئة و ﴿ الاصابة ﴾ وانكرت هى ﴿ فالقول قوله مع يمينه ﴾ بلا خلاف اجده كما فى الرياض ولعل الوجه فيه مع كونه مخالفا للقاعدة المقررة لموافقة قولها للاصل موثق (١) اسحاق بن عمار عن جعفر عن ابيه عن على عليه السلام عن المرئة تزعم ان زوجها لا يمسها ويزعم انه يمسها قال عليه السلام يحلف ثم يترك ـ ويؤيده انه من موارد تعذر البينة فتدبر.

فى فئة القادر

الخامسة ـ قالوا ﴿ وفئة القادر هو الوطء قبلا وفئة العاجز اظهار العزم على الوطء مع القدرة ﴾ وعن السرائر والغنية ومتشابه القرآن لابن شهر اشوب ان المراد بالفىء فى الكتاب العزيز العود الى الجماع بالاجماع ـ مضافا الى ظاهر النصوص ـ اقول ظاهر الاية الكريمة لو لا الاجماع هو تحقق الفئة باظهار العزم على الطلاق مطلقا فان الفىء بمعنى الرجوع ـ ورجوع المؤلى عما حلف عليه عبارة عن مخالفته يقال قال فلان قولا ثم رجع فيه اى خالفه ونقضه ومقصد الايلاء ومعناه وصف المرئة بكونها محرمة الوطء و كونها محلوفا على ترك وطئها فكان بالبناء على الوطء والعزم عليه راجعا ـ وغاية ما عليه الاجماع اعتبار الوطء قبلا بغيبوبة الحشفة فى القبل فى فئة القادر فيقيد به اطلاق الاية فيبقى غيره تحت الاطلاق ـ من غير فرق بين كون المانع من جهته اوجهتها .

---

(١) الوسائل باب ١٣ من ابواب الايلاء حديث ١

واما النصوص فقد فسرت الفئة في جملة منها بان يصالح اهله لاحظ ـ صحيح (١) ابي بصير وخبره (٢) وموثق (٣) سماعة وغيرها ـ وفي جملة اخرى منها التعبير بالامساك مكان الفئة كصحيح (٤) البزنطي وغيره ـ وهذه النصوص لاتدل على ازيد من اظهار العزم على الوطء غاية الامر في صورة القدرة على الوطء يجب عليه الوطء لوجوبه بعد مضي اربعة اشهر ـ وللاجماع على اعتباره مع القدرة ـ نعم في بعض النصوص اعتباران يمسها كما في حسن (٥) بريد بن معاوية المتقدم ـ ولكن الجمع بينه وبين ساير النصوص يقتضي البناء على كفاية كل منهما ـ وان ماتضمن المس انما هو تفسير للفيء ببعض مصاديقه ـ وبعبارة اخرى ظاهر جملة من النصوص ان الفئة عبارة عن الاصلاح الجامع بين ان يطئها او يظهر العزم عليه وظاهر بعضها ان الفئة هو المس ـ وحيث انه لامفهوم للثاني ومنطوقه لاينافي الاولى فالبناء على العمل بهما متعين ـ فتحصل انه لادليل على اعتبار الجماع في الفئة سوى الاجماع والمتيقن منه هو غير العاجز عن الوطء لامتناعه من ناحيته او من جهتها عقلا اوشرعا .

لاتتكرر الكفارة بتكرار اليمين

السادسة ﴿ولاتتكرر الكفارة بتكرار اليمين﴾ اذا قصد التاكيد بما عدى الاولى ـ اما اذا قصد التاسيس او اطلق ففيه صور .

١ ـ ان يكون المحلوف عليه واحدا والزمان واحدا ـ ظاهر الاصحاب انه لاتتكرر الكفارة لصدق الايلاء مع تعدد اليمين فكفاه كفارة واحدة ـ واشكل عليهم في المسالك بان كل واحد سبب مستقل في ايجاب الكفارة والاصل عدم التداخل ـ واجاب عنه صاحب الجواهر بان التاكيد لازم لتكراره قصده او لم يقصده لانه كتكرار الاختيار بالجملة

(١ ـ ٢ ـ ٣) الوسائل باب ٩ من ابواب الايلاء حديث ١ ـ ٢ ـ ٤

(٤) الوسائل باب ٨ من ابواب الايلاء حديث ٥

(٥) الوسائل باب ١٠ من ابواب الايلاء حديث ١

الواحدة - ويرده ماتقدم منا واعترف هو قده به في كتاب الظهار بان اليمين على خلاف العقود والايقاعات ليست من مقولة المعنى بل هي عبارة عن اللفظ المعين المقصود به المعنى - وعليه فلا وجه لما افاده - والاولى ان يورد على الشهيد ره بان المحقق في محله ان الاصل هو التداخل .

٢ - ما اذا اختلف زمان اليمينين - كما لو قال والله لاوطئتك خمسة اشهر فاذا انقضت فوالله لاوطئتك سنة فقد اتى بيمينين كل واحدة منهما تشتمل على مدة الايلاء لكن الاولى منجزة والثانية معلقة على صفة - فان بنينا على بطلان الايلاء المعلق فلا كلام - وان بنينا على صحته فلها المطالبة بعد مضى اربعة اشهر بموجب اليمين الاولى - وان لم تطالبه حتى مضى الشهر الخامس سقطت المطالبة لانحلال تلك اليمين - وان طلقها سقط الايلاء الثاني لانه يعتبر فيه كون متعلقه زوجة والفرض خروجها عن الزوجية الا اذا رجع - وان وطئها قبل مضى الشهر الخامس ثبتت الكفارة عليه - ثم من ابتداء الشهر السادس يكون مبدأ مدة الايلاء الثاني - فلو وطئها بعد ما دخل في مدة الايلاء الثاني - يثبت الكفارة عليه بمقتضى الايلاء الثاني - واما الايلاء الاول فقد انحل - فلا معنى للتداخل في هذا الفرض - ففرض التداخل في هذه الصورة انما هو بان يطئها بعد مضى اربعة اشهر ثم يطئها في مدة الايلاء الثاني فيجيء البحث المتقدم من اصالة التداخل وعدمها - فعلى الاول لاتتكرر الكفارة وعلى الثاني تتكرر .

٣ - لو عقد اليمينين على مدتين تدخل احداهما في الاخرى كما اذا قال والله لاجامعك خمسة اشهر ثم قال والله لاجامعك سنة فاذا مضت اربعة اشهر فلها مطالبته - فان فاء انحلت اليمينان - وتجب عليه كفارة واحدة بناء على اصالة التداخل - وان لم تطالبه حتى مضى خمسة اشهر لها مطالبته بمقتضى الايلاء الثاني - وعدم مطالبتها بعد مضى اربعة اشهر لايوجب سقوط حقها بالنسبة الى الايلاء الثاني فتدبر .

حكم مالو حلف على ترك وطء الاربع

السابعة - اذا قال لاربع والله لا وطئتكن مريداً بذلك مجموعهن لا كل واحدة منهن ولو بالقرينة لم يكن مؤليا مالم يطأ الثلاث لان المؤلى من علق بالوطء مانعا منه بيمين - ولا مانع فى الفرض من وطء كل واحدة منهن ولا يتعلق به لزوم شيء ولا يلحقه به ضرر وتقريب الوطء للواحدة او الاثنتين من الحنث لا يوجب تحقق الايلاء - ويجوز له وطء ثلاثة منهن من دون ان يتوجه اليه كفارة لانها يمين واحدة متعلقها المجموع فوطء كل واحدة ليس محلوفا تركه - (وعليه) فلو مات بعضهن قبل الوطء انحلت اليمين لامتناع الحنث - ولو طلق بعضهن طلاقا بائنا - لم تنحل اليمين بل تجب الكفارة بوطئها بعد البينونة وان كان زنا لو انضم اليه وطء البقية ،

ولو وطء الثلاث يحرم عليه وطء الرابعة - لانه به يحصل الحنث - وهل ينكشف بذلك حرمة وطء من سبق منهن نظرا الى ان وطء كل واحدة منهن جزء من مصداق وطئهن اجمع الذى حرمه على نفسه باليمين وعدم الحكم عليه قبل وطء الرابعة باعتبار عدم العلم بانضمام ما يتحقق به مخالفة الحنث - ام لا من جهة انه انما وجب ترك وطء الجميع بواسطة الحلف ونقيض الواجب لا يكون حراما وانما يحكم بحرمة وطء الرابعة مسامحة والمراد انه به يترك الواجب والواجب من المقدمة هو الجزء الاخير منه فالموجب للعصيان والمخالفة هو وطء الرابعة خاصة فتدبر فانه دقيق وتجب الكفارة به وجهان اظهرهما الثانى وهل يصير مؤليا بالنسبة الى الرابعة لو وطء الثلاث كما فى الشرايع وتبعه غيره - ام لا - وجهان اظهرهما الثانى لان الايلاء هو الحلف على ترك وطء البقية فلا وجه للبناء على ترتب احكام الايلاء - بل يمكن ان يقال ان الادلة لا تشمل الحلف على ترك وطء المجموع رأسا لعدم كون المجموع من حيث هى زوجة وليست من النساء وهما ونحوهما موضوع حكم الايلاء :

ولو حلف على ترك وطء كل واحدة منهن مريدا به العموم الشمولى الملحوظ فيه كل واحدة واحدة بطريق العموم - كان مؤلياً من كل واحدة منهن لتعلق المحذور

وهو الحنث بكل واحدة منهن ولزوم الكفارة و كل من طلقها فقد وفاها حقها ولم ينحل اليمين في البواقي و كذا لو وطئها قبل الطلاق لزمته الكفارة و كان الايلاء بالنسبة الى البواقي باقياً.

ولو حلف على ترك وطء واحدة منهن فان اراد واحدة بعينها كان مؤلياً بالنسبة اليها خاصة وان اراد واحدة غير معينة على نحو العموم البدلي وقع الايلاء و كان اختيار التعيين بيده نظير ما ذكرناه في طلاق واحدة غير معينة فراجع ما ذكرناه هناك فانه يجري في المقام وعليه فاختيار التعيين بيده ومالم يعين واحدة لايحتسب تلك المدة من مدة التربص كما في الطلاق وفي المقام صور اخرى يظهر حكمها مما قدمناه.

الفصل السابع في اللعان

وهو بكسر اللام - امامصدر لاعن يلاعن - اوجمع للعن - وهو لغة الطرد والابعاد وشرعا - مباهلة بين الزوجين على وجه مخصوص - وسميت لعانا لان كلا من الزوجين يبعد عن الاخر بها اذ يحرم النكاح بينهما - اولاشتمالها على كلمة اللعن - وفي المسالك وخصت بهذه التسمية لان اللعن كلمة غريبة في مقام الحجج من الشهادات والايمان والشيء يشتهر بما يقع فيه من الغريب وعلى ذلك جرى معظم تسميات سور القرآن والاصل فيه الكتاب والسنة - اما الكتاب فقوله تعالى(١) «والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين و يدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين» واما السنة فنصوص مستفيضة سياتي اليها الاشارة - ونخبة القول فيه في طي موارد.

---

(١) النور آية ٧-٨-٩-١٠

في سبب اللعان

﴿و﴾ الاول في ﴿سببه﴾ وهو امران- احدهما ﴿قذف الزوجة﴾ المحصنة ای رميها ﴿بالزنا﴾ واودبرا على الاظهر الاشهر بين الطائفة بل و عليه الاجماع في الانتصار والغنية كذا في الرياض- ويشهد به عموم الاية الكريمة- و كثير من النصوص الاتي بعضها -وعن الصدوق في الفقيه والهداية وظاهر المقنع انه لالعان الا بنفي الولد واذا قذفها ولم ينتف جلد ثمانين جلدة - واستدل له بخبر (۱) محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام لايكون اللعان الا بنفي الولد و قال اذا قذف الرجل امرأته لاعنها - وخبر (۲) ابي بصير عن الصادق عليه السلام لايقع اللعان حتى يدخل الرجل بامرئته ولا يكون اللعان الا بنفي الولد- وقد حملها الشيخ ره على انه لالعان بدون دعوى المشاهدة الا بالنفي.

اقول ويشهد به صحيح (۳) ابي بصير عن الصادق عليه السلام في الرجل يقذف امرأته يجلد ثم يخلى بينهما ولا يلاعنها حتى يقول انه قد رأى بين رجليها من يفجر بها- وصحيح (۴) محمد بن مسلم عن الرجل يفتري على امرأته قال عليه السلام يجلد ثم يخلى بينهما ولا يلاعنها حتى يقول اشهد اني رأيتك تفعلين كذا و كذا ونحوهما غيرهما مما يدل على نفي اللعان بمجرد القذف وانه يعتبر ادعاء المشاهدة-وعن وافي الكاشاني في خبر ابي بصير لعل المراد انه اذا كانت المرئة حاملا فاقر الزوج بان الولد منه ومع هذا قذفها فلالعان واما اذا لم يكن حمل وانما قذفها بالزنا مع الدخول والمعاينة فيثبت اللعان كما دلت عليه الاخبار ويدل على هذا صريحا حديث محمد عن احدهما فانه قد اثبت اللعان بالامرين - ويرد عليه انه كغيره من الكتاب والسنة يدل على اثباته بالقذف مطلقا من دون دلالة على التفصيل الذي على خلافه الاجماع.

(۱-۲) الوسائل باب ۹-من كتاب اللعان حديث ۱-۲

(۳-۴) الوسائل باب۴ - من كتاب اللعان حديث ۱ ۲

و كيف كان فلا يترتب اللعان بالقذف الا ﴿ مـع ادعاء المشاهدة و عـدم البينة ﴾ على الاظهر الاشهر بين الطائفة بل في الانتصار على الاول الاجماع و في الغنية على الثاني كذا في الرياض و يشهد بالاول جملة من النصوص كالصحيحين المتقدمين ـ وصحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام اذاقذف الرجل امرأته فانه لايلاعنها حتى يقول رأيت بين رجليها رجلا يزني بها ـ ونحوها غيرها .

وهل المعتبر مشاهدة انها تزني كما لعله المشهور بين الاصحاب بل عن كشف اللثام انه لاخلاف فيه ويترتب عليه سقوط اللعان بقذف الاعمى ـ ام الميزان هو العلم وان لم يدع المشاهدة كما نفى البعد عنه في المسالك بل قواه وجهان ـ لاريب في ان الجمود على ظواهر النصوص يقتضي البناء على الاول ـ وحملها على خصوص من يمكن في حقه ـ يحتاج الى قرينة ـ ولكن لايبعد كون تلك كناية عن العلم ـ والشاهد به مضافا الى ان العناوين التي لها طريقية اذا اخذت في الموضوع تكون ظاهرة في انه لاخصوصية لها بل انما اخذت فيه بما انها طريق الاثبات ـ نظير العلم والتبين وما شاكل وعلى هذا بنينا على قيام الامارات مقام العلم الماخوذ في الموضوع ـ ان هذا التعبير موجود في اخبار الشهادة وانه لايجوز الشهادة الا مع الرؤية والمشاهدة ويستكشف من ذلك ان المناط هو ما يوجب صحة الشهادة وهو العلم ـ و يؤيده ما في خبر (٢) محمد بن سليمان عن ابي جعفر الثاني عليه السلام فانه بعد ان اعتبر فيه الرؤية قال ان الله تعالى جعل للزوج مدخلا لايدخله غيره الى ان قال فجاز له ان يقول رأيت ولو قال غيره رأيت قيل له وما ادخلك المدخل الذي ترى هذا فيه وحدك انت متهم فلابد من ان يقيم عليك الحد ـ ومع ذلك كله الاقتصار فيما خالف الاصل على المتيقن متعين .

واما اعتبار عدم البينة فاستدل له بالاية الكريمة فانها بمفهومها تدل على انه مع الشهود لالعان ـ وبحديث (٣) هلال حيث قال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم البينة والا حد في ظهرك

(١ـ٢) الوسائل باب ٣ من كتاب اللعان حديث ٣ ـ ٥

(٣) المستدرك باب ١ من ابواب اللعان حديث ٣

ثم نزلت الآية فلاعن بينهما- وبانه اذا نكل عن اللعان يحد فيلزم ح حده مع وجود البينة- وبان اللعان حجة ضعيفة لانه اما شهادة لنفسه او يمين فلا يعمل به مع الحجة القوية وهى البينة (ولكن) الكل مخدوشة - اما الآية فلانه لا مفهوم لها لعدم كونها بصورة القضية الشرطية -واما حديث هلال فطلبه صلى الله عليه وآله وسلم منه البينة والا ثبت له الحد قبل نزول آية اللعان ومشروعيته والكلام بعده -واما الثالث فلانه انما يحد اذا نكل عن اللعان ولم يمكنه دفعه بالبينة كما لو اقامها ابتداء من بعد القذف -واما الرابع فلانا لانسلم كون اللعان حجة ضعيفة بعد دلالة الكتاب والسنة على حجيته .

وعن الخلاف والمختلف والتحرير عدم اشتراطه وقواه فى المسالك -وهو الاظهر لاطلاق النصوص -ودعوى ورودها فى مقام بيان احكام اخر لا اطلاق لها كما فى الرياض تندفع بان جملة منها مطلقة - لاحظ صحيح(١) الحلبى عن الصادق عليه السلام عن الرجل يقذف امرأته قال عليه السلام يلاعنها ثم يفرق بينهما فلا تحل له ابدا - ونحوه غيره فانكار الاطلاق مكابرة - ودعوى ان اطلاقها وارد مورد الغالب وهو عدم البينة - مندفعة بما مر مرارا من ان غلبة فرد وندرة آخر لا تصلح مقيدة للاطلاق .

ومافى الرياض من الايراد على المصنف ره حيث استدل باطلاق النصوص ورد الاستدلال على اعتبار عدم البينة بمفهوم الاية الكريمة بانه لامفهوم لها بل يحمل القيد على الغالب- بقوله هذه الدعوى لا تجامع الاستدلال للعموم بالاطلاقات ومن هنا انقدح وجه التعجب عن العلامة حيث استند للعموم باطلاق النصوص واجاب عن المفهوم بعدم العموم للغلبة وليت شعرى كيف غفل عن ان قدح الغلبة فى المفهوم الذى هو لغة للعموم ملازم للقدح فى الاطلاق الذى ليس له فيها بطريق اولى انتهى -من غرائب الكلام وذلك لان عدم حمل الاطلاق والعموم على الغالب انما هو لما ذكرناه -واما حمل الاية على الغالب فانما هو من جهة ما حقق فى محله من ان الوصف لامفهوم له - فيبقى انه ما الموجب لذكر الوصف ان لم يكن له مفهوم - فيجاب بانه لعله ذكر لانه الفرد الغالب اولغير ذلك واى

---

(١) الوسائل باب ٣ من كتاب اللعان حديث ٢

ربط لذلك بالعموم فكانه قده فرض دلالة الوصف على المفهوم و انها تكون بالعموم لا بالاطلاق ـ وتوهم ان المانع من الالتزام به في المقام كون القيد غالبيا ـ فاورد على المصنف ما اورد والله تعالى مقيل العثرات ـ فتحصل مما ذكرناه ان القول بعدم الاشتراط اظهر .

يعتبر ان يكون القذف بالزنا

ثم ان المعتبر هو ان يكون القذف بالزنا ـ بلاخلاف ويشهد به جملة من النصوص تقدم بعضها كصحيح الحلبي وغيره ـ فلو قذفها بمادون الوطء لايثبت اللعان كمالايثبت بالقذف بالسحق ولو ادعى المشاهدة ـ فهل يثبت به الحد نظرا الى انه قذف بفاحشة كما في الشرايع ام لا كما عن ابي الصلاح والمصنف في المختلف وجهان ـ اظهرهما الثاني لان دليل القذف ظاهر في الزنا واللواط فهو ح كالقذف باتيان البهايم فيه التعزير خاصة نعم لافرق في ثبوت الحد بين الوطء قبلا او دبرا .

وهل اللعان يثبت بقذفها بالوطء دبرا ام لايثبت صريح الشرايع والرياض والجواهر هو الاول وفي الجواهر عندنا بل عن الخلاف الاجماع عليه ومقتضى اطلاق قوله عليه السلام في صحيح ابي بصير حتى يقول انه قدراى بين رجليها من يفجر بها و نحوه غيره ذلك ـ ومافي صحيح الحلبي فانه لايلاعنها حتى يقول رأيت بين رجليها رجلا يزني بها ـ لاينافيها لان الزنا هو وطء الاناث اعم من القبل و الدبر ـ فالاظهر ثبوت اللعان به .

ولو قذف زوجته بالزنا فاما ان يضيفه الى زمان الزوجية او يطلق او الى ماسبق لااشكال في ثبوت اللعان في الاولين ـ واما الاخير ففيه قولان مختار الشيخ في محكي المبسوط والمحقق في الشرايع والشهيد الثاني في المسالك وصاحب الجواهر ره هو الثبوت لعموم قوله تعالى «للذين يرمون ازواجهم» وماشابهه من النصوص ـ وعن الشيخ في الخلاف عدم الثبوت لانه لايقال انه قذف زوجته كما انه من قذف مسلما بالزنا حال الكفر لايقال انه قد قذف مسلماً ولخصوص الواقعة التي هي سبب نزول الآية والاول

اظهر - و يرد الوجه الاول للثاني ان السبب للعان كون الرمي حين الزوجية ولادليل على اعتبار كون الرمي بما وقع حين الزوجية - و عليه فيصح ان يقال في المثال قذف مسلما - و اما الوجه الثاني فضعفه واضح فان خصوص المورد لايخصص العام.

ولو قذف زوجته بالزنا مستكرهة عليه او مشتبهة او نائمة اوفي حال الجنون فلايوجب الحد ولايثبت اللعان لانه انما نسبها الى امر لالوم عليه ولااثم بل ليس زنا في عرف الشرع فلاحد عليه ولايثبت اللعان - بل عن الشيخ التردد في التعزير ايضا لكنه في غير محله لثبوته للعار والايذاء -ولو قذفها في حال جنونها بالزنا في حال الافاقة - ثبت الحد لاطلاق الادلة - ولكن قالوا انه لايقام عليه الا بعد المطالبة منها في حال صحتها فان افاقت وطالبت به صح اللعان منه لاسقاطه و ليس لوليها المطالبة بالحد مادامت حية لان طريق اسقاطه من جانب الزوج بالملاعنة التي لاتصح من الولي -ولكن يمكن ان يقال انه يثبت له اللعان لعدم دخل لعان المرئة في نفي حد القذف بلعان الرجل بل هو موجب لسقوط العذاب عنها وعليه فيتجه اللعان منه لاسقاط الحد عنه -الا ان يكون هناك اجماع على ما ذكروه.

السبب الثاني للعان

السبب الثاني - انكار الولد - بلاخلاف وقد تقدم في جملة من النصوص حصر اللعان به - ويعتبر فيه - ولادة الولد على فراشه . ولم يعلم وضعها لاقل مدة الحمل ولا لاقصاه والالانتفى الولد بغير لعان - وهذا هو مراد المصنف ره بقوله ﴿او انكار ولد يلحق به ظاهرا﴾ ثم انه لايجوز له النفي الامع العلم بانتفائه عنه - والافلا يجوز لان الولد لاحق شرعا بالفراش من غير فرق بين ان يجد ريبة ام لا - ولا بين ان يشابه لونه وخلقه لون الاب و خلقه وعدمه - و في النبوي (١) ايمارجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه و فضحه على رؤوس الاولين و الآخرين -

---

(١) المستدرك باب ٩ من ابواب اللعان حديث ٥

وفي صحيح (١) ابي بصيرعن الصادق عليه السلام كفر بالله من تبرأ من نسب وان دق. ومع علمه بانتفائه عنه يجب عليه النفي ولو باللعان اذا كان الظاهر لحوقه به بلاخلاف فيه حذرا من لحوق من ليس منه بسكوته. ولو كان الزوج حاضرا وقت الولادة - فان نفاه فلا كلام - وان اقر بالولد لزمه وليس له ان ينفيه بعده ولاينتفي بانتفائه بلاخلاف بل عن القواعد الاجماع عليه. لا - لخصوص قاعدة اقرار العقلاء حتى يقال انه لو علم ان منشأ اقراره الاخذ بظاهر قاعدة الفراش لاوجه لعدم نفيه باللعان لولا الاجماع لانه لايزيد ح حكم قاعدة الاقرار على قاعدة الفراش التى ثبت اللعان لنفي مقتضاها كما في الجواهر. بل لقوى (٢) السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام اذا اقر الرجل بالولد ساعة لم ينف عنه ابدا - فان مقتضى اطلاقه - انه ليس له ان ينفيه بعد مااقر به من غير فرق بين مناشيء الاقرار.

وان سكت ولم ينكر الولد مع ارتفاع الاعذار فعن المشهور كما في المسالك انه ليس له انكاره بعد ذلك الا ان يؤخر بما جرت العادة به كالسعي الى الحاكم لان حق النفي على الفور - وعن المصنف ره وفي الشرايع و المسالك ان له انكاره وان حق النفي على التراخي. واستدل للاول بانه خيار يثبت لدفع ضرر متحقق فيكون على الفور كالرد بالعيب. وبان الولد اذا كان منفيا عنه وجب اظهار نفيه حذرا من استلحاق من ليس منه وقد تعرض بالتأخير عوارض مانعة منه كالفوت فجأة فيفوت التدارك وتختلط الانساب وذلك ضرر يجب التحرز منه على الفور - وبانه لولا اعتبار الفور ادى الى عدم استقرار الانساب (ولكن) يرد على الاول ان منشأ ثبوت هذا الحق ان كان هو قاعدة لاضرر تم ما افيد نظرا الى انه يندفع الضرر بخصوص ثبوته في الآن الاول عرفا ولايتم اذا كان منشأه اطلاق مادل على ثبوت حق النفي له لالاستصحاب ذلك مع التراخي كما في الجواهر - بل لاطلاق الادلة - و القول بذلك في الرد بالعيب

---

(١) الوسائل باب ١٠٧ من ابواب احكام الاولاد حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٠٢ من ابواب احكام الاولاد حديث ١

لوسلم فانما هو لعموم ادلة لزوم العقد الشامل لما بعد زمان الفور وهذا لاربط له بالمقام - واما الوجهان الاخران فغاية مايدلان عليه لزوم النفى فورا لاسقوطه بعد مضى زمانه كما لايخفى فاذاً القول الثانى اظهر.

فى اعتبار التكليف والاسلام فى الملاعن والملاعنة

المورد الثانى فى الشرائط - وفيه مسائل ﴿و﴾ الاولى ﴿يشترط فى الملاعن و الملاعنة التكليف﴾ فلايصح لعان الصبى والمجنون اجماعا - لان اللعان اما شهادة او يمين - و الصبى والمجنون ليسا من اهل الشهادة ولا اليمين - ولا يقتضى قذفهما اللعان بعد البلوغ والافاقة - ولانه لايترتب على قذفهما حد كى يراد اسقاطه باللعان - والمنساق من الاية الشريفة وما ماثلها من النصوص غيرهما - اضف الى ذلك كله مادل (١) على رفع القلم عن الصبى والمجنون الشامل للاحكام التكليفية والوضعية منها صحة اللعان.

وهل يعتبر فيهما الاسلام كما عن الاسكافى والحلى فى القذف خاصة - ام لا كما هو المشهور بين الاصحاب وجوه - ونخبة القول فى المقام بالبحث اولا فى الملاعن ثم فى الملاعنة.

اما الاول فيشهد لعدم اعتبار الاسلام فيه اطلاق ادلة اللعان الشامل للكافر - واستدل لاعتباره بكون اللعان شهادة بقرينة قوله تعالى فشهادة احدهم الخ خصوصا بعد قوله تعالى ولم يكن لهم شهداء - وهى لاتقبل من الكافر - ويرده ان صريح الاية ارادة اليمين من الشهادة لقوله تعالى اربع شهادات بالله - واليمين يستوى فيها المسلم والكافر ويعضده صحة لعان الفاسق مع انه لايقبل شهادته - وايضا - يعضده ما فى الخبر (٢) مكان كل شاهد يمين - وما فى الرياض - من ان ذلك ملازم لكون الاستثناء

---

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات - وباب ٣٦ من القصاص فى النفس

(٢) الوسائل باب ٤ من كتاب اللعان حديث ٦

فی الایة منقطعا اذلیس المراد بالشهداء المستثنی منهم الخلفاء بل الشهود بالمعنی المتعارف - غریب فان مفاد الایة الکریمة علی ماذکرناه انه ان رمی زوجته بالزنا ولم یکن له بینة فالمثبت له الیمین الخاصة - وان شئت قلت ان المستثنی هو شهادة احدهم و هو متصل ولکن بین فی ذیل الایة ان شهادة احدهم هی اربع یمین - ویمکن ان یستدل له بالنصوص الاتیة فی الملاعنة بضمیمة عدم القول بالفصل - ثم انه یتصور لعان الکافر فیما اذا کان الزوجان ذمیین فترافعا الینا ویمکن فرض الزوجة مسلمة والزوج کافرا فیما اذا اسلمت واتت بولد یلحق به شرعا فانکره .

واما الملاعنة ففیها طائفتان من الاخبار - الاولی ما یدل علی وقوع اللعان مع کونها کافرة - کحسن (۱) جمیل عن الصادق علیه السلام سئل هل یکون بین الحر والمملوك لعان فقال علیه السلام نعم وبین المملوك والحرة وبین العبد والامة وبین المسلم والیهودیة والنصرانیة - وخبر (۲) حریز عنه علیه السلام بین الحرة و الامة و المسلم والذمیة لعان ونحوهما - الثانیة ما یدل علی عدم ثبوته فی الکافرة کخبر (۳) ابن سنان عن ابی عبدالله علیه السلام لا یلاعن الحر الامة ولا الذمیة ولا التی یتمتع بها - وخبر (۴) علی بن جعفر عن اخیه علیه السلام عن رجل مسلم تحته یهودیة او نصرانیة او امة ینفی ولدها وقذفها هل علیه لعان قال علیه السلام لا ونحوهما غیرهما - وحیث ان الاولی اصح سندا وموافقة لفتوی الاکثر التی هی اولی المرجحات فتقدم - واما الاستدلال لاعتبار الاسلام فیها بالایة فتقریبه والجواب عنه مافی الملاعن - فالاظهر عدم اعتبار الاسلام فیهما ﴿و﴾ الثانیة - یعتبر فی اللعان ﴿ سلامة المرئة من الصمم والخرس ﴾ وقد مر الکلام فی ذلك فی کتاب النکاح - فی اسباب التحریم فی السبب الثالث عند تعرض المصنف ره له .

(۱-۲-۳-۴) الوسائل باب ۵ من کتاب اللعان حدیث ۲-۶-۴-۱۱

فى اعتبار دوام النكاح والدخول

الثالثة- يعتبر فى الملاعنة مضافا الى مامر امور ﴿و﴾ ﴿الاول﴾ ﴿دوام النكاح﴾ فلايجوز لعان المتمتع بها مطلقا على المشهور بل عليه الاجماع فى نفى الولد فى كلام جماعة بل مطلقا كما عن الغنية- خلافا للمفيد والمرتضى فى القذف خاصة- يشهد للمشهور صحيح(١) ابن ابى يعفور عن ابى عبدالله عليه السلام لايلاعن الرجل المرئة التى يتمتع منها- وصحيح(٢) ابن سنان عنه عليه السلام لايلاعن الحر الامة ولا الذمية ولا التى يتمتع بها و نحوهما غيرهما.

واستدل للقول الاخر بعموم الاية الكريمة- ولاينافى ذلك ورودها فى الدائم لان خصوص السبب لايخصص العام- واطلاقها وان كان شاملا للعان لنفى الولد ولكن للاتفاق على ان ولد المتمتع بها ينتفى بغير لعان- لامعنى للعان فيه- ويرده ان عموم الكتاب يخصص بالنصوص الصحيحة المعمول بها- كما حقق فى محله- وقد تقدم البحث فى هذه المسألة فى كتاب النكاح فى مبحث المتعة- ثم انه لابد وان يعلم ان ولد المتمتع بها و ان كان ينتفى بمجرد النفى من غير لعان ولكن لا يجوز نفيه الا مع العلم بالانتفاء- وان عزل او اتهمها او ظن الانتفاء لان المنى سباق (٣) والولد للفراش- وللنصوص (٤) الخاصة.

الثانى الدخول اعتبره جماعة- وانكره آخرون- وفصل ثالث بثبوته بالقذف دون نفى الولد ﴿و﴾ ظاهر المصنف ره حيث قال ﴿فى اشتراط الدخول قولان﴾ التوقف فى المسئلة وفى المسالك جعل محل الخلاف لعانها بالقذف وادعى الاجماع على عدم لعانها بالولد- مع ان المحكى عن المفيد والصيمرى والمصنف ره فى القواعد

(١-٢) الوسائل باب ١٠ من كتاب اللعان حديث ١-٢

(٣) الوسائل باب ٩ من كتاب اللعان

(٤) الوسائل باب ٣٣ من ابواب المتعة

ثبوت اللعان لنفي الولد ايضا- وكيف كان فيشهد للاول الذى هو المشهور بين الاصحاب جملة من النصوص - كموثق(١) ابى بصير عن الصادق عليه السلام لايقع اللعان حتى يدخل الرجل باهله- وخبر(٢) محمد بن مضارب قلت لابى عبدالله عليه السلام ما تقول في رجل لاعن امرئته قبل ان يدخل بها قال عليه السلام لايكون ملاعنا الا بعد ان يدخل بها يضرب بها حدا وهى امرأته و يكون قاذفا - وفي سنده ابان و جعفر بن بشير الملحقان للسند بالصحيح او ما يقرب منه فان الاول من اصحاب الاجماع - و قيل في الثاني انه يروى عن الثقات و يروون عنه و نحوهما غيرهما من النصوص المنجبر ضعفها بحسب السند لو كان (و قد عرفت عدم الضعف) بفتوى الاكثر بل عليه الاجماع كما عن الخلاف والغنية.

و استدل للثاني بعموم الاية و السنة (و يرده) انه لابد و ان يخصص العموم بالنصوص المتقدمة - مضافا الى الاجماع على انتفاء الولد مع عدم الدخول ولايحتاج في نفيه الى اللعان- لان قبل الدخول القول قول الزوج مع يمينه.

واستدل للثالث بوجوه -١- ماعن الحلى وهو انه به يجمع بين الادلة بمعنى حمل مادل على اشتراط الدخول على ما اذا كان لنفي الولد- والاخر على القذف (ويرده) مضافا الى انه ان اراد بما يدل على عدم اعتبار الدخول عموم الاية والسنة فالنسبة بينهما وبين النصوص المتقدمة عموم مطلق واطلاق المقيد مقدم على اطلاق المطلق- وان اراد به ما يدل على ذلك صريحاً فلم نظفر به - والى ان الجمع المذكور تبرعى لاشاهد به (ان) جملة من النصوص الدالة على اشتراط الدخول انما هى في القذف لاحظ مرسل (٣) ابن ابى عمير عن بعض اصحابه قلت لابى عبدالله عليه السلام - الرجل يقذف امرأته قبل ان يدخل بها قال عليه السلام يضرب الحد- وخبر (٤) ابى بصير عنه عليه السلام عن رجل تزوج امرأة غائبة لم يرها فقذفها فقال عليه السلام يجلد- ونحوهما غيرهما -٢- ان نصوص

(١-٢) الوسائل باب ٢ من كتاب اللعان حديث ٢-٨

(٣-٤) الوسائل باب ٢ من كتاب اللعان حديث ٣-٤

الاشتراط ضعيفة ـ وعموم الاية والسنة لايشمل اللعان قبل الدخول لنفي الولد لعدم توقف نفيه على اللعان اجماعا لعدم وجود شرائط الالحاق ـ ذكره في المسالك ـ (وفيه) ما عرفت من اعتبار النصوص سنداً ـ ٣ـ تنزيل الاخبار على اعتبار الدخول بالنسبة الى نفي الولد الذي لايتوقف نفيه قبل الدخول على اللعان (وفيه) انه لاوجه لذلك مضافا الى ان جملة من النصوص المشترطة للدخول في اللعان بالقذف (فتحصل) مما ذكرناه ان الاظهر اشتراط الدخول مطلقا.

الثالث ان لاتكون المرئة مشهورة بالزنا كما عن المصنف ره في الشرايع ـ وعن كشف اللثام لم ارمن اشترطه من الاصحاب غير المصنف ره والمحقق وظاهره التأمل فيه ـ والظاهر ان وجهه اطلاق الادلة .

واستدل للاشتراط بان اللعان شرع صونا لعرضها من الانهتاك وعرض المشهورة بالزنا منهتك ـ وبما سياتي في محله ـ من اعتبار الاحصان بمعنى العفة في حد القذف الذي شرع لسقوطه اللعان في الزوجين وهما كما ترى مختصان باللعان بالقذف ففي اللعان لنفي الولد لاشبهة في عدم اعتباره.

كيفية اللعان

المورد الثالث في كيفية اللعان ولا يصح اللعان في زمان الغيبة الا عند الحاكم الشرعي المجعول (١) والياً وحاكماً من قبل صاحب الامر روحي فداه لان اللعان ضرب من الحكم بل هو من اقوى افراده لافتقاره الى سماع الشهادة او اليمين والحكم بالحد ودفعه بالشهادة بعد ذلك او اليمين وحكمه بنفي الولد وفي النصوص شهادة بذلك ـ لاحظ المرسل (٢) عن الصادق عليه السلام اللعان ان يقول الرجل لامرأته عند الوالي اني رأيت رجلا مكان مجلسي منها او ينتفي

---

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضي حديث ١ـ ٦

(٢) المستدرك باب ٤ من ابواب اللعان حديث ٣

من ولدها فيقول ليس مني فاذا فعلا ذلك تلاعنا عند الوالي ونحوه غيره ولا يتوهم كون ذلك من مناصب الامام عليه السلام وثبوته للحاكم محل اشكال - وذلك للنصوص الاتية المتضمنة للاداب المصرح فيها بالامام. فانه لا مفهوم لها كي تدل على عدم مشروعيته عند غيره - فلا يقيد بها اطلاق المرسل وما شابهه - وعن المبسوط والوسيلة والقواعد والشرايع وغيرها انهما لو تراضيا برجل من العامة فلاعن بينهما جاز ولم يصرح في الاولين بالعامة ولكن زاد في الاول منهما انه يجوز عندنا مشعرا بالاتفاق على جوازه فتوهم ان مرادهم جواز اللعان في زمان الغيبة عند غير الحاكم الشرعي. الا انه في المسالك قال والمراد بالرجل العامي الذي يتراضى به الزوجان الفقيه المجتهد حال حضور الامام لكنه غير منصوب من قبله وسماه عاميا بالاضافة الى المنصوب فانه خاص بالنسبة اليه - وعليه فلا يهمنا البحث فيه وانه هل يعتبر تراضيهما بعد الحكم ام لا - فان ساعدنا التوفيق وادركنا زمان حضوره عليه السلام نسئل منه ونستريح من هذا النزاع - وفي المسالك بعد ذكر القولين والاستدلال لهما - قال اما في حال الغيبة فينفذ فيه حكم الفقيه الجامع لشرائط الفتوى لانه منصوب من قبل الامام على العموم كما يتولى غيره من الاحكام ولا يتوقف على تراضيهما بعده لان ذلك مختص بقضاء التحكيم.

﴿وصورته ان يقول الرجل﴾ اولا ﴿اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما قلته عن هذه المرئة﴾ من الزنا او ان الولد ليس من مائي ﴿اربع مرات﴾ لكن ذكر غير واحد انه اذا اراد نفي الولد قال ان هذا الولد من زنا وليس مني - وعن التحرير لو اقتصر على احدهما لم يجز - وفيه - انه لا يختص الادلة في اللعان لنفي الولد بما اذا ثبت كونه من زنا ودعوى الزوج ذلك بل يعم ما لو احتمل الشبهة بل ولو علم به - بل مقتضى اطلاق ادلته صحة اللعان لنفي الولد خاصة من غير قذف بالزنا - واختصاص الاية الكريمة بالقذف لا يوجب تخصيص النصوص المطلقة لعدم المفهوم لها - فالاظهر - الاكتفاء بما ذكرناه ﴿ثم يعظه الحاكم﴾ يذكر له ان عذاب الاخرة اشد من عذاب الدنيا ويقرؤ عليه الذين

يشترون بعهدالله ثمناقليلا - اويقول له اتق الله فان لعنة الله شديدة كمافى الخبر (١) وفى خبر (٢) عبدالرحمان - ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال للرجل بعد الشهادات الاربع اتق الله فان لعنة الله شديدة - ثم قال اشهد الخامسة ﴿فان رجع حد﴾ بلا خلاف والنصوص الاتية تشهد به كماستعرف ﴿والا قال ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم تقول المرئة اربع مرات اشهد بالله انه لمن الكاذبين ثم يعظها الحاكم فان اعترفت رجمها والا قالت ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين﴾ فيما رماها به من الزنا .

﴿و﴾ اذاتم ذلك ﴿تحرم﴾ المرئة الملاعنة على الملاعن ﴿ابدا﴾ وقدتقدم الكلام فى ذلك فى كتاب النكاح مفصلا ولا نعيد ماذكرناه .

واجبات اللعان

ثم ان اللعان يشتمل على واجب ﴿و﴾ مندوب فالكلام فى موضعين -الاول فيما ﴿يجب﴾ فيه وهى امور (١) ﴿التلفظ بالشهادة﴾ على الوجه المزبور - فلوابدل صيغة الشهادة بغيرها كقوله شهدت الله اواناشاهد - او احلف بالله - او اقسم اوابدل لفظ الجلالة كقوله اشهد بالرحمن ونحوه - اوابدل كلمة الصدق والكذب بغيرهما ممايفيد معناهما كقوله انى لصادق - اوحذف لام التاكيد - اوقال انهازنت -اوقال المرئة انه لكاذب - او ابدل اللعن بغيره ولو بلفظ الابعاد والطرد او لفظ الغضب و لو بالسخط اواحدهما بالاخر - لم يقع - بلاخلاف فى ذلك - واستدل له - بان كل ذلك خلاف المنقول شرعا ولكن لولا التسالم على ذلك كله امكن المناقشة فيها - فانه لاتدل الاية ولا النصوص على اعتبار الالفاظ المذكورة خاصة بل ظاهرها ارادة ابراز المعنى المزبور - الاان اتفاق الاصحاب يقتضى الالتزام بجميع ذلك .

(١-٢) الوسائل باب١ من كتاب اللعان حديث٢-١

﴿ و ﴾ الثانى ﴿ قيامهما ﴾ اى الملاعن والملاعنة ﴿ عند التلفظ ﴾ بلاخلاف يعتدبه - وانما الخلاف في انه هل يجب ان يكونا قائمين عند تلفظ كل منهما كما عن الشيخ في النهاية و المفيد واتباعهما واكثر المتاخرين - ام يكون الواجب قيام كل منهما عند لفظه كما عن الصدوق والشيخ في المبسوط والحلى في السرائر وفي الشرايع - منشأه اختلاف الاخبار - يشهد للاول منهما - صحيح (١) عبدالرحمان بن الحجاج ان عباد البصرى سئل اباعبدالله عليه السلام وانا حاضر كيف يلاعن الرجل المرئة فقال ابوعبدالله عليه السلام وحكى قصة الرجل الذى جاء الى النبى صلى الله عليه وآله وسلم واخبره عن اهله - الى ان قال فاوقفها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ثم قال للرجل اشهد اربع شهادات الحديث - وحسن (٢) محمد ابن مسلم عن الباقر عليه السلام عن الملاعن والملاعنة كيف يصنعان قال عليه السلام يجلس الامام مستدبر القبلة يقيمها بين يديه مستقبل القبلة بحذائه و يبدأ بالرجل ثم بالمرئة ونحوهما غيرهما .

واستدل للثانى - بمارواه (٣) الصدوق عن البزنطى عن الرضا عليه السلام قال قلت له اصلحك الله كيف الملاعنة - الى ان قال و فى خبر (٤) آخر ثم يقوم الرجل فيحلف اربع مرات الى ان قال ثم تقوم المرئة فتحلف اربع مرات - وبمافي الجواهر بالمحكى عن فعل النبى صلى الله عليه وآله وسلم من انه امر عويمرا بالقيام فلما تمت شهادته امر امرئته بالقيام ولكن الاول منهما مرسل لايصلح للمقاومة مع ماتقدم - والثانى لم اظفر به فانه في الوسائل روى رواية (٥) متضمنة لقضية عويمر وليس فيها ذلك بل فيها - ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال لهما تقدما المنبر فلاعنا فتقدم عويمر الى المنبر و التقديم غير القيام - فالاظهر هو القول الاول ولا ينافى وجوب ذلك ما فى المرسل (٦) عن الصادق عليه السلام السنة ان يجلس الامام للمتلاعنين ويقيمها بين يديه كل واحد منهما مستقبل القبلة لان

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ١ من كتاب اللعان حديث ١-٤-٢-٣-٩

(٦) المستدرك باب ١ من ابواب اللعان حديث ١

المراد بالسنة يمكن ان يكون ماثبت وجوبه بغير الكتاب لاالندب -فماعن ابن سعيد من استحبابه ضعيف :

﴿و﴾ الثالث ﴿بدئة الرجل﴾ بالتلفظ على الترتيب المذكور - فلو بدئت المرئة باللعان لغى بلاخلاف لان لعانها لاسقاط الحد عنها كماهو مقتضى قوله تعالى(١)«ويدرؤ عنها العذاب»وهو انما يجب بلعان الزوج وللنصوص ففى حسن محمد بن مسلم المتقدم ويبدأ بالرجل ثم بالمرئة وفى صحيح(٢) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام عن الملاعن والملاعنة كيف يصنعان قال عليه السلام يجلس الامام مستدبر القبلة يقيمها بين يديه مستقبل القبلة بحذائه ويبدأ بالرجل ثم بالمرئة - و لانه المحكى عن فعل النبى صلى الله عليه وآله وسلم فى صحيح ابن الحجاج وقصة عويمر المتقدمين .

﴿و﴾ الرابع ﴿تعيين المرئة﴾ بمايزيل الاحتمال كذكر اسمها واسم ابيها او صفاتها المميزة لها عن غيرها لانه الثابت فلو كانت حاضرة تخير بين ذلك وبين الاشارة ويكفى التعيين الاجمالى كمالو كانت له زوجة واحدة فقال زوجتى .

﴿و﴾ الخامس ﴿النطق بالعربية مع القدرة﴾ على المشهور - ولادليل لهم سوى مااستدل به لاعتبار العربية فى العقود والايقاعات وقدمر فى كتاب النكاح عدم تمامية شىء منها- فان كان هناك اجماع فهو الحجة والا فمقتضى اطلاق الاية والنصوص التين قدمر ظهورهما فى ارادة ابراز تلك المعانى بالالفاظ عدم اعتبار العربية وعلى اى حال لااشكال

﴿و﴾ لاخلاف فى انه ﴿يجوز غير هامع التعذر﴾ واشكال سيد الرياض عليه لولا التسالم فى غير محله .

﴿و﴾ السادس ﴿البدئة بالشهادات ثم باللعن فى الرجل والمرئة تبدأ بالشهادات ثم بالغضب﴾ بلاخلاف فيه و يظهر وجهه مماسلفناه - ثم ان المحكى عن القواعد زيادة الموالاة بين الكلمات اى الشهادات فى الواجب و كذا اتيان كل واحد منهما

---

(١) سورة النور آية ٩

(٢) الوسائل باب ١ من كتاب اللعان حديث ٤

باللعن بعد القاء الحاكم عليه فلو بادر قبل ان يلقيه الامام لم يصح (اقول) يشهد للثانى الاخبار المبينة لكيفية اللعان لتضمنها ذلك ـ مع ان الحد لايقميه الا الحاكم فكذا مايدرؤه ـ اضف اليه انه كاليمين فى الدعاوى التى لوحلف قبل الاحلاف لم يصح ـ واما الاول فاستدل له فى محكى كشف اللثام بانها من الزوج بمنزلة الشهادات و يجب اجتماع الشهود على الزنا ـ و بوجوب مبادرة كل منهما الى دفع الحد عن نفسه و نفى الولدان كان منتفيا ولعلهما بضميمة الاقتصار فيما خالف الاصل على الواقع بحضرته صلى الله عليه وآله مما لم يتخلل بينهما فصل طويل ـ تكفى فى اعتبارها فتامل فان الجميع كما ترى لاتصلح لتقييد اطلاق الادلة و لذا لم يتعرض غيره من الاصحاب لذلك ـ فالاظهر عدم اعتبارها وان كان الاحوط رعايته .

﴿ويستحب جلوس الحاكم مستدبر القبلة ووقوف الرجل عن يمينه والمرئة عن يساره﴾ وقد دل على هذين خبر(١) البزنطى عن الرضا عليه السلام قال له اصلحك الله كيف الملاعنة قال عليه السلام يقعد الامام و يجعل ظاهره الى القبلة ويجعل الرجل عن يمينه والمرئة والصبى عن يساره ـ وعلى خصوص الاول واستحباب استقبال الزوجين صحيح(٢) محمد بن مسلم المتقدم .

﴿و﴾ يستحب ايضا ﴿حضور من يسمع اللعان﴾ من اعيان البلد و صلحائه فان ذلك اعظم للامر والاتباع فقد حضر اللعان على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله جماعة من الصحابة منهم ابن عباس وابن عمر و سهل بن سعد و هم من احداث الصحابة ـ و فى ماتضمن(٣) قصة عويمر شهادة به ﴿و﴾ اما ﴿الوعظ قبل اللعن والغضب﴾ فقد تقدم ما يدل على استحبابه ـ

(١-٢-٣) الوسائل باب ١ من كتاب اللعان حديث ٢-٤-٩

حكم تكذيب الملاعن نفسه

المورد الرابع فى الاحكام وفيه مسائل -الاولى- لاخلاف بيننا ولااشكال فى انه اذا قذف الرجل امرأته وجب الحد عليه لاطلاق الادلة كتابا وسنة ولايتعين عليه اللعان عينا بل بلعانه يسقط الحد عنه ويثبت فى المرئة ولكن يسقط عنها بلعانها كما هو مقتضى الاية الكريمة- ومع لعانهما- يثبت احكام اربعة - سقوط الحدين- وانتفاء الولد عن الرجل دون المرئة ان تلاعنا لنفيه - وزوال الفراش- والتحريم المؤبد بلا خلاف فى شيء من تلكم والكتاب والسنة شاهدان بالجميع كما تقدم هنا وفى النكاح.

﴿ولو كذب﴾ الملاعن ﴿نفسه﴾ فان كان ذلك فى اثناء اللعان او قبله ثبت عليه الحد ان كان اللعان للقذف لا مطلقا ولم ينتف عنه الولد مطلقا و كذا لو نكل بلاخلاف لان القذف موجب للحد- والفراش للحوق النسب- ولاينتفيان الا باللعان وقد ابى عنه- ولصحيح (١) الحلبى عن الصادق عليه السلام فى حديث انه سئل عن الرجل يقذف امرأته قال عليه السلام يلاعنها ثم يفرق بينهما فلاتحل له ابداً فان اقر على نفسه قبل الملاعنة جلد حدا وهى امرأته- وصحيح(٢) على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن رجل لاعن امرأته فحلف اربع شهادات بالله ثم نكل فى الخامسة فقال عليه السلام ان نكل عن الخامسة فهى امرأته وجلد- وان نكلت المرئة عن ذلك اذا كانت اليمين عليها فعليها مثل ذلك ونحوهما غيرهما- ومقتضى اطلاق الثانى و كذا الصحيح الاخر وان كان ثبوت الحد لو اعترف بالولد فى اثناء اللعان - او نكل عن الخامسة مع كون اللعان لنفى الولد خاصا مجردا عن القذف بتجويزه الشبهة -الا انه لاخلاف ولاشبهة فى عدم ثبوت الحد فى هذه الصورة ولاموجب له- فيحمل اطلاق الخبرين على غير ذلك.

ولو كذب نفسه ﴿بعد اللعان حد للقذف﴾ ان كان اللعان له كما فى المتن وعن

(١-٢) الوسائل باب ٣-من كتاب اللعان حديث ٢-٣

الشيخ فى المبسوط والمفيد والعمانى والمصنف فى القواعد وولده فى شرحه والاصبهانى فى شرحه وقواه فى المسالك- لرواية(١) محمد بن الفضيل عن الكاظم عليه السلام انه سئل عن رجل لاعن امراته وانتفى من ولدها ثم اكذب نفسه هل يرد عليه ولده فقال عليه السلام اذا كذب نفسه جلد الحد ورد عليه ابنه ولا ترجع اليه امرأته ابداً- ولانه آكد باللعان القذف لتكراره اياه فيه والسقوط انما يكون مع علم صدقه او اشتباه الحال اما مع اعترافه بكونه كاذبا فهو قذف محض فلا يكون زيادته مسقطة للحد- ولانه ثبت عليه الحد بالقذف فيستصحب الى ان يعلم المزيل ولا يعلم زواله بلعان ظهر كذبه- ولكن يرد على الاول ان محمد بن الفضيل مشترك بين الثقة والضعيف - و يرد على الثانى ان الذى اكد القذف هو اللعان المسقط للحد فى نفسه- واكذاب نفسه الذى هو الموجب لاعادة الحد تنزيه لها لا زيادة هتك - ويرد الثالث مضافا الى انه باللعان سقط الحد فلو استصحب لابد من استصحاب عدم الثبوت لا الثبوت - انه لا يصلح للمقاومة مع العمومات الدالة على مسقطية اللعان للحد مطلقا - و دعوى اختصاصها بصورة العلم بالصدق او اشتباه الحال ولا تشمل صورة اعترافه بالكذب- كما ترى بلا شاهد.

ويشهد لسقوط الحد مضافا الى ذلك جملة من النصوص كصحيح (٢) الحلبى عن الصادق عليه السلام فى رجل لاعن امرأته وهى حبلى قد استبان حملها وانكر مافى بطنها فلما وضعت ادعاه واقر به وزعم انه منه فقال عليه السلام يرد اليه ولده ويرثه ولا يجلد لان اللعان قد مضى- ونحوه صحيحه(٣) الاخر عنه عليه السلام - الا ان فيه لان اللعان بينهما قد مضى- وكذا (٤) خبره الثالث الا ان فيه لانه قد مضى التلاعن- ودعوى انها مختصة باكذاب نفسه فى نفى الولد دون القذف والحد انما يجب اذا اكذب نفسه فيما رماها به من الزنا كما عن الشيخ فى المبسوط واليه يشير فى المسالك قال والاخرى اى نصوص السقوط لا تنافيه- مندفعة بان مافيها من التعليل كالصريح فى ان اللعان كان

(١-٢-٤) الوسائل باب ٦ من كتاب اللعان حديث ٦- ٤-٢

(٣) التهذيب ج٨ ص١٩٠ حديث ١٩

بالقذف ونفى الولد وان كان المذكور فيها الاخير (فتحصل) مما ذكرناه ان ما افاده الشيخ في النهاية والتهذيب - وسيد الرياض - وصاحب الجواهر ره وغيرهم من سقوط الحد هو الاظهر.

﴿و﴾ مع اكذاب نفسه بعد اللعان لاتعود الحلية بل ﴿لم يزل التحريم﴾ بلا خلاف نصا وفتوى بل ولا اشكال واطلاق مادل على الحرمة الابدية باللعان شامل لها - والنصوص الخاصة الاتى بعضها ايضا تشهدبه - نعم باكذاب نفسه يلحق به الولد بلا خلاف فيه نصا وفتوى لكن فيما عليه لافيماله لاقراره اولا بالانتفاء منه ﴿و﴾ لذا ﴿يرثه الولد﴾ مع اعترافه بعد اللعان ﴿ولايرثه الاب ولامن يتقرب به﴾ و يشهد به صحيح (١) الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام في حديث قال سألته عن الملاعنة التي يقذفها زوجها و ينتفي من ولدها فيلاعنها ويفارقها ثم يقول بعد ذلك الولد ولدى و يكذب نفسه فقال عليه السلام اما المرئة فلاترجع اليه واما الولد فاني اراه عليه اذا ادعاه ولاادع ولده بلاميراث وليس له ميراث ويرث الابن الاب ولايرث الاب الابن يكون ميراثه لاخواله الحديث - ونحوه غيره - ومافي خبر (٢) الكناني من انه لايرد عليه ولده - محمول على عدم اللحوق به بنحو يترتب عليه جميع الاثار يرث ويرثه ابوه - وتمام الكلام في ذلك في كتاب الميراث.

الثانية ﴿ولواعترف المرئة بعد اللعان﴾ بان اكذبت نفسها لم يعد شيء من احكام اللعان التي ثبتت به ولم يجب الحد عليها بذلك اجماعا لما سياتي من ان حد الزنالا يثبت على المقر الاان يقر به اربع مرات - وقد صرح بذلك الشهيد الثاني ره - وهذا على ماسلكناه في اكذاب الرجل نفسه - يتم واما بناء على مسلكه من ان الاكذاب يوجب الغاء تأثير اللعان نظرا الى اختصاص ادلته بصورة العلم اواشتباه الحال ولاتشمل صورة اعترافه - فلايتم فان الموجب لحدها هو لعان الرجل وانما يسقط الحد لعانها والمفروض سقوطه عن التاثير فيبقى لعان الرجل على كونه موجبا لحدها من دون مسقط - و كيف

(١-٢) الوسائل باب ٦ من كتاب اللعان حديث ١-٥

كـان فعلـى المختـار المجمع عليه وهو عـدم الحد لواقرت بالزنا الذى قذفهابه ﴿اربعا﴾ بعد اللعان ﴿قيل تحد﴾ والقائل على ما فى المسالك الشيخ فى النهاية و اتباعه وابن ادريس والمصنف بل نسبه الى الاشهر ـ واستدل له بعموم مادل (١) على وجوب الحد على من اقرار بعا مكلفا حرا مختاراواختاره هوايضاً ـ ولا بأس به فان لعانها انما اسقط وجوب الحد الثابت بلعان الرجل ـ ولايوجب سقوط الحد الثابت باقرارها اربعا ـ وبه يظهر اندفاع مااستدل به للقول بالسقوط كما فى الجواهر باندفاعه باللعان ـ وبفحوى ماسمعت فى اكذاب نفسه ـ وبالتعليل فى النصوص السابقة بان اللعان قد مضى ـ اما الاول فلان المندفع باللعان الحد الثابت بلعان الرجل لامطلقه ـ واما الثانى فبمنع الاولوية بعد كون اقرارها اربعا بنفسه من مثبتات الحد واما الثالث فلان اللعان الماضى لانقول بعدم تأثيره حتى يستدل به فى المقام كما فى الصورة السابقة بل نقول انه اوجب سقوط الحد الثابت بلعان الرجل دون الثابت بغيره ـ فالاظهر ثبوت الحد ـ

ادعاء المطلقة الحمل من المطلق

الثالثة ﴿ولو ادعت المرئة المطلقة الحمل منه﴾ وانكر فان كان بعد اتفاقهما على الدخول لحق به الولد ولاينتفى الا باللعان اجماعا ـ وان كان بعد الاتفاق على عدم الدخول انتفى بغير لعان ـ وان كان بعد الاختلاف ﴿ف﴾ ادعته الزوجة و ﴿انكر الزوج﴾ الدخول فاقامت بينة بارخاء الستر فالاقرب ﴿عند المصنف ره والمحقق والحلى ﴿سقوط اللعان ما لم يثبت الدخول﴾ بالبينة اوالاقرار ووجهه ان فائدة اللعان من الزوج امانفى ولد يحكم بلحوقه شرعا وهوموقوف على ثبوت الوطء ليصير فراشا ولم يحصل واما لنفى حد القذف عنه ولم يقذف واما لاثبات حد على المرأة وهو هنا منتف بالشبهة ـ هكذا استدل لهذا القول فى المسالك .

ولكن يرد عليه انه قد تقدم فى مبحث المهور ان الشارع الاقدس جعل

---

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب حدالزنا

الخلوة امارة للدخول ولذا قد عرفت فى ذاك المبحث انه لوادعى عدم الدخول وادعته انه يحكم فى الظاهر بان لها تمام المهر - ومقتضى اطلاق تلك النصوص ترتب جميع احكام الدخول منها ثبوت اللعان - اضف الى ذلك صحيح (١) على بن جعفر عن اخيه موسى عليه السلام عن رجل طلق امراته قبل ان يدخل بها فادعت انها حامل فقال عليه السلام ان اقامت البينة على انه ارخى عليها سترا ثم انكر الولد لاعنها ثم بانت منه وعليه المهر كملا - فان المستفاد من هذه الرواية انه على تقدير اقامتها البينة بارخاء الستر يلزمه ثلاثة اشياء - اللعان - والتحريم - ووجوب المهر - فيوافق مضمونه مع تلك النصوص الدالة على العمل بظاهر حال الصحيح عند الخلوة بالحليلة وعدم المانع من الوطء فيثبت المهر و اللعان ويترتب عليه التحريم - كما افاده الشيخ ره فى النهاية على ماحكى .

واما مع عدم اقامة البينة عليه - فعن الشيخ اثبات احكام ثلاثة وجوب نصف المهر - ونفى اللعان - ووجوب الحد عليها مأة سوط - والاولان يثبتان - لانهما لازمان لعدم الدخول - واما الثالث فلاوجه له ولم نظفر بمستنده فان انتفاء الولد عنه بدون اللعان لايلازم ثبوت الزنا و ان اعترفت بالحمل منه والوطء الذى كان القول قوله فى نفيهما للاصل - اذلايلزم من انتفاء السبب الخاص المحلل انتفاء غيره من الاسباب وان لم تدعيه .

---

(١) الوسائل باب ٢ من كتاب اللعان حديث١

حكم ما اذا قذف امرئته فماتت قبل اللعان

الرابعة اذا قذف امرئته فماتت قبل اللعان أو اكماله فى كل منهما - فالمشهور بين الاصحاب ان له الميراث لبقاء الزوجية الموجبة له وقدفات ما يوجب نفى الميراث بموتها وهو التلاعن والاصل ان لايقوم غيره مقامه.

وعن الشيخ فى النهاية والقاضى وابن حمزة ان قام رجل من اهلها فلاعنه سقط الحد عنه وسقط ارثه - لخبر(۱) ابى بصير عن ابى عبدالله عليه السلام فى رجل قذف امرئته وهى فى قرية من القرى فقال السلطان مالى بهذا علم عليكم بالكوفة فجائت الى القاضى للتلاعن فماتت قبل ان يتلاعنا فقالوا هؤلاء لاميراث لك فقال ابوعبدالله عليه السلام ان قام رجل من اهلها مقامها فلاعنه فلاميراث له وان ابى احدمن اوليائها ان يقوم مقامها اخذ الميراث زوجها - و خبر (۲) عمروبن خالد عن زيد بن على عن آبائه عن على عليه السلام فى رجل قذف امرأته ثم خرج فجاء وقد توفيت قال عليه السلام تخير واحدة من ثنتين يقال له ان شئت الزمت نفسك الذنب فيقام عليك الحد و يعطى الميراث وان شئت اقررت فلاعنت ادنى قرابتها ولاميراث لك.

واورد عليهم فى الرياض بمخالفتهما للاصل من حيث ان اللعان شرع بين الزوجين فلايتعدى الى غيرهما وان لعان الوارث متعذر لانه ان اريد مجرده حضور فليس بلعان حقيقى وان اريد ايقاع الصيغ المعهودة من الزوجة فبعيد لتعذر القطع من الوارث على نفى فعل غيره غالباً وايقاعه على نفى العلم تغيير للصورة المنقولة شرعا - ولان الارث قد استقر بالموت فلاوجه لاسقاط اللعان المتجدد له انتهى (وفيه) ان مخالفة الاصل لاتمنع من العمل بالخبر و كم خبر يخالف الاصول والقواعد العامة و يعمل به بل لو كانت هى مانعة عن العمل بالخبر لزم تاسيس فقه جديد - واما قوله ان الوارث متعذر عليه القطع بفعل المورث - فيرده انه يمكن ذلك اذا كان الفعل محصورا بان

(۱-۲) الوسائل باب ۱۵ من كتاب اللعان حديث ۱-۲

يدعى انها زنت فى ساعة كذا ـ وقد كان الوارث ملازما لها فى تلك الساعة او للمنسوب اليه الزنا فى تلك الساعة على وجه يعلم بانتفاء الفعل كما فى نظائره من الشهادات على نفى المحصور ـ واما قوله ان الميراث قد استقر بالموت فلا وجه لاسقاط اللعان المتجدد ـ فيرده ان الوجه له النص فكما انه يسقط اللعان الحد الثابت بالقذف فليكن مسقطا للميراث الثابت بالموت ـ فالعمدة فى الايراد على الشيخ و تابعيه ـ ضعف سند الخبرين ـ اولهما بالارسال و الثانى برواية عمرو ـ وعدم عمل المشهور بهما فلا وجه لقيام غيرها مقامها فميراثه ثابت.

ولكن بما ان بعض احكام اللعان مترتب على لعانه خاصة من غير ان يتوقف على لعانها وهو سقوط الحد عنه وثبوته عليها ـ وليساهما من قبيل الفرقة المؤبدة الموجبة لنفى التوارث وانتفاء نسب الولد عن الاب المتوقفة على لعانهما معا ـ فاذا ماتت كان له اللعان لنفى الحد كما عن الاكثر ـ وما ـ عن جماعة من المنع عنه لانه وظيفة شرعية موقوفة على النقل ولم يثبت صحته عن الزوج بعد موت الزوجة ـ يرده انه اما ايمان او شهادة و كلاهما لا يتوقفان على حياة المشهود عليه والمحلوف لاجله ـ وعموم الاية الكريمة وماشابهها من النصوص ـ فالاظهر سقوط الحد عنه باللعان ـ وقد ذكر الفقهاء فى المقام مسائل اخر سيأتى بعضها فى كتاب الحدود وبعضها فى كتاب الشهادات و يظهر حال بعضها مما اسلفناه فلا نطيل الكلام بذكرها ـ قد تم كتاب الفرقة فى ليلة لاربعما من شهر ذى القعدة الحرام سنة ١٣٨٨ ويتلوه فى المتن كتاب العتق وحيث انه لا موضوع له فى هذا الزمان ـ اعرضت عن التعرض له فها انا اشرع فى كتاب الايمان بحول الله وقوته وبه استعين ـ والحمد لله اولا و آخرا.

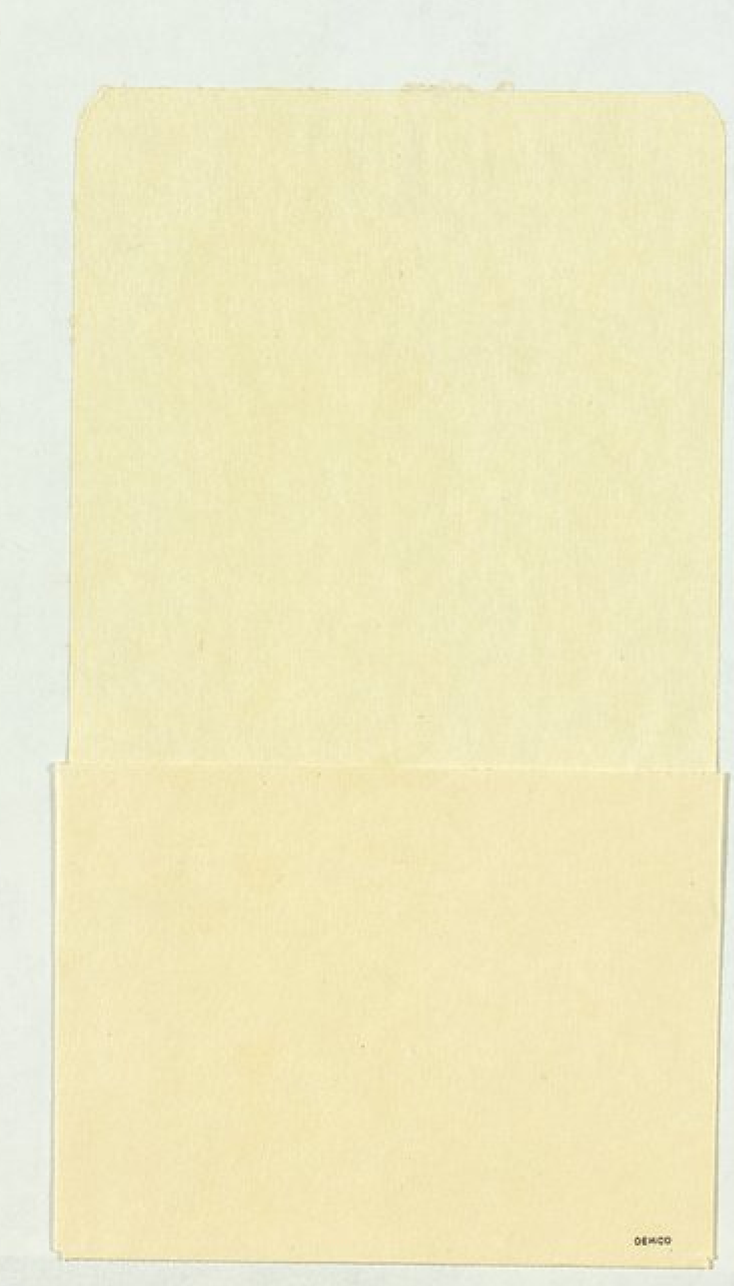
فهرس الجزء الثامن عشر من كتاب فقه الصادق

ملاحظة

بالرغم من كل ما بذلناه من الجهود في تصحيح الكتاب

فقد وقعت اغلاط طفيفة لا يصعب تصحيحها

فالاعراض عن التعرض لها اولى


DEMCO


COLUMBIA LIBRARIES OFFSITE
CU17882613